

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LES VESTIGES

DE LA

Justice retenue

THÈSE POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

Présentée et soutenue le Samedi 25 Mai 1912, à 4 h. 1/2

PAR

Jean TULPAIN

Président : M. JACQUELIN, professeur

Suffragants :

{	MM. CHAVEGRIN, professeur
	CARPENTIER, agrégé

CHATOU

IMPRIMERIE CH. CORNIER

23, RUE DE SAINT-GERMAIN, 23

1912



Digitized by the Internet Archive
in 2026.

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LES VESTIGES

DE LA

Justice retenue

THÈSE POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

Présentée et soutenue le Samedi 25 Mai 1912, à 4 h. 1/2

PAR

Jean TULPAIN



Président : M. JACQUELIN, professeur

Suffragants : { MM. CHAVEGRIN, professeur
CARPENTIER, agrégé

CHATOU

IMPRIMERIE CH. CORNIER

23, RUE DE SAINT-GERMAIN, 23

1912

INTRODUCTION

POSITION DE LA QUESTION

Notre Droit administratif est dominé par deux grands principes : séparation des autorités administratives, séparation des fonctions administratives et juridictionnelles.

Le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires défend aux juges de s'immiscer dans les actes de l'Administration. Pour certains auteurs, ce principe porte atteinte au principe de la séparation des pouvoirs qui a divisé l'organisme de l'Etat en trois parties nettement distinctes : Législation, Exécution, Justice. D'autres, au contraire, s'efforcent, à l'aide de ce principe, de justifier la théorie de la séparation des pouvoirs.

On ne peut, pour eux, concevoir les trois pouvoirs : législatif, exécutif et judiciaire, comme séparés les uns des autres par une barrière infranchissable. Il est nécessaire, et cela pour la bonne organisation d'un Etat, qu'entre eux existe une sorte de coordination, une certaine unité de vues et d'action, sans lesquelles la volonté de l'Etat risquerait d'être représentée par des organes agissant en sens contradictoire. Il est presque impossible de concevoir une séparation abso-

lue et indépendante entre ces pouvoirs (1). Chacun d'eux ne peut acquérir une certaine indépendance que s'il peut exercer à l'occasion les trois manifestations de la souveraineté. La conséquence qui résulte de cette indépendance des trois pouvoirs est que, dans l'application des faits, le pouvoir exécutif agissant comme autorité administrative doit avoir la possibilité de trancher seul un litige sans être obligé de faire appel au pouvoir judiciaire. C'est tout au moins la thèse qui est admise par la majorité des auteurs de droit administratif, mais qui n'est pas, pourtant, sans être très contestable.

Cependant, et en supposant cette conception vraie, si clair que soit le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, une objection vient immédiatement à l'esprit et nous amène à l'étude de notre second grand principe dominant du Droit administratif : la séparation de l'administration active et de l'administration juridictionnelle.

Puisque l'Administration représente à nos yeux le Pouvoir exécutif, nous ne pouvons que trouver surprenant que ce soit à elle que l'on donne mission de rendre la justice. N'y a-t-il pas une étrange anomalie à lui confier le règlement du contentieux administratif ? N'est-il pas singulier qu'un même organe soit à la fois juge et administrateur ? D'autre part, un pareil système soulève une autre objection qui découle

(1) APPLETON. — Législation de l'Administration active et de la Juridiction administrative. *Revue générale du Droit*, 1898.

de la première. Les particuliers dont les droits sont violés ne vont-ils pas se trouver lésés par ce fait que ce sera l'Administration qui sera chargée de rendre la justice ?

L'étude de notre second principe dominant — à savoir le principe de la séparation des fonctions administratives et juridictionnelles — va nous permettre de répondre à ces deux objections.

Quel est, en France, le mode d'organisation de la justice administrative ? D'une façon générale, nous y voyons que la fonction juridictionnelle n'est pas l'œuvre des administrateurs actifs. Ainsi, un Conseil municipal, qui règle la vie administrative de la Commune, ne solutionne pas les litiges qui peuvent survenir entre les habitants. La juridiction est confiée à des corps distincts et à des assemblées spéciales. Elle n'est pas rendue par le Chef de l'Etat, mais déléguée à ces divers corps dont les décisions sont exécutoires par elles-mêmes et ne sont pas soumises à l'approbation du Chef de l'Etat ; en d'autres termes, les tribunaux ont un pouvoir propre de décision.

Dans ces notions de séparation de l'administration active et de l'administration juridictionnelle, et spécialement celle de justice déléguée, nous trouvons la conséquence logique, le complément du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires. Hâtons-nous cependant d'ajouter qu'il ne faudrait pas s'imaginer que ces notions sont absolues ;

elles comportent, au contraire, dans leur application, de nombreuses exceptions.

Avant de conclure sur ce point, il est, croyons-nous, intéressant de jeter un coup d'œil sur l'histoire de notre Droit administratif et d'en dégager les principaux caractères.

C'est sous la Révolution française que nous voyons apparaître pour la première fois, dans notre Droit administratif, la notion de séparation des fonctions administratives et judiciaires. L'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1791 est ainsi conçu : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. » Il nous paraît inutile d'insister sur ce principe qui n'a été, depuis, qu'en se développant et en s'affirmant.

Le second principe établissait une séparation très nette entre les fonctions actives et les fonctions juridictionnelles. Il ne s'est pas dégagé aussi facilement qu'on pourrait le croire, et puisque nous parlions plus haut de la justice déléguée, il n'est pas sans intérêt pour nous de rechercher dans l'histoire ce que fut la justice administrative avant d'être déléguée et comment elle le devint.

Constatons d'abord que les fonctions actives furent, à l'origine, confondues avec les fonctions juridictionnelles (1). « Cette confusion, nous dit M. Jacquelin, par une sorte d'évolution graduelle, a été sans cesse

(1) M. JACQUELIN. — Principes dominants du Contentieux administratif.

en diminuant au cours de ce siècle. Néanmoins, elle a laissé encore des traces sensibles à presque tous les points de vue sous lesquels elle s'est manifestée, car la confusion des fonctions active et juridictionnelle s'est traduite par plusieurs institutions ou moyens. L'on en peut distinguer quatre : la théorie de la justice retenue, la théorie des administrateurs juges, la prédominance de l'administration active dans la composition des Conseils administratifs chargés de statuer sur le Contentieux, enfin la pénétration de l'administration active au sein de ces mêmes corps délibérants. »

Nous ne nous attarderons pas à l'étude de ces quatre points et, pour rester dans les limites de notre sujet, un seul doit retenir notre attention : celui de la théorie de la justice retenue.

La justice retenue s'oppose à la justice déléguée. La justice est retenue quand la décision juridictionnelle est prise sous la signature et la responsabilité du Chef de l'Etat ou émane d'un Ministre. On dit, au contraire, que la justice est déléguée lorsque la décision juridictionnelle est prise sous la signature d'autorités spéciales, constituées à cet effet, qui sont plus ou moins indépendantes du Gouvernement et qui sont placées sous le contrôle plus ou moins direct de la nation. « Historiquement, dit M. Hauriou (1), pour un ordre de contestations déterminées, la justice commence pres-

(1) M. HAURIOU. — *Traité de Droit administratif*, 7^e édit., p. 955.

que toujours par être retenue ; puis, plus tard, elle est déléguée, de sorte que d'une part la justice actuellement déléguée a été auparavant de la justice retenue, et que, d'autre part, il y a toujours un peu de justice retenue, parce que des contestations nouvelles se révèlent continuellement pour lesquelles d'abord la justice n'est pas déléguée. »

Nous ne saurions nous contenter d'une simple définition pour expliquer une théorie qui a joué un grand rôle dans l'histoire du Droit administratif français. Il nous semble que l'idée de justice retenue peut être envisagée dans deux sens différents qui ont eu chacun leur raison d'être aux diverses époques de notre histoire.

Jusqu'à nos jours, la plupart des auteurs de droit administratif ont considéré la justice retenue sous un aspect unique. Pour eux, cette justice résidait dans ce fait que seul le roi avait le droit et le pouvoir de rendre la justice, soit en son conseil, soit au moyen de juges placés sous sa dépendance directe, et qu'il se réservait, lorsque bon lui semblait, le droit d'évoquer l'affaire devant lui ou son conseil, statuant ainsi en dernier ressort, sans contrôle et avec un pouvoir discrétionnaire.

Cette notion de la justice retenue fut celle qui régna sous le régime monarchique, et l'histoire de ses différentes phases, que nous ferons plus loin, nous permettra de la dégager.

Mais ne faut-il pas aller plus loin et se demander

si, avec l'avènement du régime républicain, on ne peut pas donner à cette notion un autre sens et voir la justice désormais retenue au profit d'autres que le roi ?

Il ne faut pas hésiter à répondre par l'affirmative, et c'est précisément sur ce point que doit également se porter notre attention, lorsque, recherchant les traces qu'a laissées cette justice retenue dans notre régime moderne, nous constaterons qu'au pouvoir exécutif représenté autrefois par le monarque s'est substitué un pouvoir exécutif républicain représenté tantôt par le Chef de l'Etat, tantôt par les ministres. Ainsi en sera-t-il dans la théorie du ministre-juge, que nous aurons à étudier comme ancien cas de justice retenue, actuellement disparu. Dans cette théorie qui joua, même de nos jours, un rôle prépondérant, nous verrons que la justice était retenue au profit du ministre. De même, quand nous étudierons les vestiges de justice retenue dans le conflit d'attributions, nous retrouverons également ce second sens de justice retenue.

Nous croyons donc qu'il ne faut pas, sur ce point, être trop absolu, et ne donner qu'un seul sens à la définition de la justice retenue pourrait être une erreur ou une inexactitude. Nous préférons l'envisager sous deux phases différentes.

Et maintenant que nous nous sommes efforcé de donner un aperçu de la justice retenue, demandons-nous ce qu'est la justice déléguée.

L'histoire de la juridiction administrative française se divise en deux périodes bien distinctes, la période antérieure à 1872 qui nous représente la justice retenue, et la période postérieure à 1872 où cette justice retenue devient déléguée.

Sous la Royauté et le Consulat, le premier Empire, les deux Chartes et le second Empire, la justice administrative fut retenue. Le Chef d'Etat s'appropriait tous les projets, décrets ou ordonnances préparés par le Conseil d'Etat. Sous l'ancienne Monarchie, les questions juridictionnelles étaient traitées par le roi en son Conseil. Mais ce dernier possédait le droit d'évoquer toutes les affaires quand il y voyait quelque intérêt. Toute justice émanait du roi, et on ne faisait en cela que se conformer à un passage d'un mémoire du quinzième siècle relatif aux juridictions. « Le fait et la juridiction, dit le mémoire en question, est plus propre au roi que n'est le Parlement qui est commun à tout le monde, par quoi s'ensuit que le roi ne veut pas, ne doit vouloir qu'elle soit subiecte à Parlement, car aussi comme le roi est sur la communauté et n'est subject aux lois communes, aussi la juridiction qui est propre à lui, et ne traite mille choses fait tant seulement celles qui ont regard à son hôtel, dont être non subject à aucun autre. » Sous l'ancienne Monarchie, que ce soit sous Louis XIV, Louis XV ou même Louis XVI, la question du pouvoir central obligeant celui de juger ne se pose pas. Le roi statue en son Conseil; il prend ses avis, mais il n'est pas obligé de

les suivre. Nous ne trouvons aucune des garanties ordinaires de la justice; il n'y a ni publicité, ni débat oral, ni ministère public. Toute cette période fut, d'ailleurs, au point de vue de la justice, singulièrement confuse, et il serait difficile d'en dégager les principaux traits.

Au moment où commence la Révolution française, la justice est toujours retenue. Seul le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires est tout d'abord nettement posé, et ce n'est que peu à peu, par une laborieuse évolution, qu'il aboutit à la reconnaissance du principe de la séparation de l'administration active et de la justice administrative.

Dans les premières années de la Révolution, cette séparation ne se manifeste pas encore, et c'est aux administrateurs actifs qu'est confiée la connaissance des litiges administratifs. « Les directoires composés d'hommes choisis par le peuple, pour un temps court et toujours en activité, doivent, dit le député Pezons, conduire les affaires de l'Administration. Pourquoi ne videraient-ils pas toutes les questions contentieuses qui s'y rattachent (1)? » Au degré supérieur, c'est le roi en son Conseil des ministres sous la Constitution de 1791, et chaque ministre individuellement sous celle de l'an III, qui connaissent du contentieux administratif.

(1) NOTE I. — Discours du député Pezons, 27 mai 1790, à l'Assemblée Constituante.

Avec le régime de l'an VIII, apparaît une autre manifestation de la justice retenue. « Sous la direction des Consuls, nous dit la Constitution de l'an VIII (art. 52), un Conseil d'Etat est chargé de résoudre toutes les difficultés qui s'élèvent en matière administrative. » Nous assistons à la création d'organes distincts chargés de résoudre les litiges d'ordre administratif, mais sous réserve du droit pour le pouvoir exécutif de contrôler les sentences. Aucune différence n'existe encore entre les décisions du Conseil en matière administrative et celles en matière contentieuse. Les avis donnés au Chef de l'Etat sur la solution que comportent les litiges administratifs sont préparés par la section qui s'occupe des affaires du ministère. Toutefois, on ne tarde pas à reconnaître les défauts de ce système, et un décret du 11 juin 1806 institue une commission spéciale du contentieux ; elle ne juge pas, mais présente des rapports à l'assemblée générale du contentieux.

D'ailleurs, sous la législation de l'an VIII, le Conseil d'Etat, n'émettant guère que de simples avis, préparait de simples projets d'ordonnances ou de décrets soumis ensuite à la signature du Chef de l'Etat, administrateur actif autant que juge. Il y eut bien, il est vrai, à cette époque, d'autres juridictions, tel le Conseil de Préfecture créé par la loi du 28 pluviôse an VIII, mais pouvait-on dire que la justice leur était déléguée ? Certainement non, et il suffit de constater que toutes ces juridictions étaient subordonnées soit pour

l'appel, soit pour la cassation, au Conseil d'Etat, pour conclure que le Chef d'Etat, en exerçant la justice retenue, était bien le juge suprême du Contentieux administratif tout entier.

Jusqu'en 1849, la même tendance se manifeste. Sous la Restauration, les ordonnances de 1814 et 1817 donnent au roi le droit d'évoquer en ses Conseils toutes les affaires de haute administration. Le Conseil d'Etat traverse alors une crise. Par suite de l'adoption du régime parlementaire, il ne joue plus que le rôle d'auxiliaire du pouvoir exécutif. Il n'est plus stable comme le Conseil d'Etat impérial. On le fait mobile pour le faire docile (1). Le Comité de Contentieux prépare les affaires à soumettre à l'assemblée générale, mais cette assemblée est composée en majorité d'administrateurs actifs ayant participé à la préparation de la décision attaquée.

Le système de la justice retenue se maintient donc, n'offrant aucune garantie de compétence et d'impartialité.

Le Gouvernement de Juillet ne renonce pas à la justice retenue, mais toutefois quelques ordonnances viennent introduire dans ce régime des améliorations. Les séances du Conseil délibérant au contentieux deviennent publiques et contradictoires. Les parties pourront se faire assister d'avocats, et on crée un ministère public. En outre, on exclut de l'assemblée générale statuant au contentieux les Conseillers d'Etat

(1) BERTHÉLÉMY. — *Précis de Droit administratif*. 4^e Ed., p. 898.

en service extraordinaire et ceux qui, dans les comités administratifs, auront délibéré sur les affaires attaquées.

En 1845 est votée la première loi organique sur l'organisation de Conseil d'Etat, mais elle ne substitue pas encore le système de la justice déléguée à celui de la justice retenue. Le roi est maintenu dans son pouvoir de modifier les ordonnances rendues au contentieux par le Conseil d'Etat. Ce dernier fonctionne, il est vrai, comme un tribunal, mais ne donne que des avis et ne rend pas des arrêts sur la solution que comportent les litiges administratifs. Nous l'indiquions déjà, ce sont des ordonnances qui tranchent les contestations, mais, afin de donner des garanties aux justiciables, on essaie de limiter le droit du roi en exigeant que l'ordonnance non conforme à l'avis du Conseil d'Etat soit rendue sur l'avis du Conseil des Ministres et soit motivée. C'était déjà une tentative de justice déléguée.

Avec la loi du 3 mars 1849, il était réservé à la deuxième République de faire un grand pas vers la justice déléguée. Cette loi décida que la section du contentieux, composée de neuf Conseillers, devait avoir un pouvoir de juridiction propre. Malheureusement, cette réforme libérale, consacrée par le décret du 25 janvier 1852, ne devait avoir qu'une courte durée et, sous la période du second Empire, on revint à la justice retenue (1). Le Conseil d'Etat ne sera plus

(1) BERTHÉLÉMY. — *Précis de Droit administratif*. 4^e Ed., p. 899.

qu'un donneur d'avis chargé de préparer les solutions.

Désormais il y aura deux catégories d'affaires contentieuses: les unes jugées sans le ministère de l'avocat, les autres le comportant. Les premières seront jugées par la section du contentieux, les secondes par l'assemblée publique du Conseil. Cette assemblée publique fut d'ailleurs restreinte; elle ne fut plus composée que de la section du contentieux, à laquelle vinrent s'ajouter deux délégués de chaque section administrative.

C'est la loi organique du Conseil d'Etat du 24 mai 1872 qui marque la fin de cette étape et l'avènement d'une troisième phase. Un nouveau pas est fait dans la voie de la séparation des administrations active et juridictionnelle par la consécration expresse du régime de la justice déléguée. L'article 9, al. 1, de la loi de 1872 est ainsi conçu: « Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, etc. » Dorénavant, la haute assemblée ne préparera plus des décrets du contentieux, mais elle rendra des arrêts signés non plus du Chef de l'Etat, mais du Conseil d'Etat par le vice-président.

Des explications qui précèdent et que l'Histoire nous fournit sur la justice retenue et sur sa transformation, nous concluons que le régime de la justice déléguée nous apparaît comme le fruit d'une lente évolution dont le point de départ réside dans la loi révolutionnaire de 1789, évolution opérée sous la pression des

besoins pratiques qu'un tel principe ne peut manquer de faire naître.

Nous sommes ainsi amené, en analysant succinctement la justice retenue et la justice déléguée, à les concevoir comme les fonctions du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire. La nécessité d'assurer le respect des droits individuels en sauvegardant l'intérêt de l'Administration condamne le système de la justice retenue et réclame le système de la justice déléguée.

Nous allons terminer cet exposé en nous posant une dernière question. Ne serait-il pas possible d'attribuer à ces notions un fondement scientifique en les rattachant à la théorie de la souveraineté nationale, ce qui nous amènera à nous demander si la justice doit être déléguée ou retenue ?

Sous l'ancien régime, toute la souveraineté résidait dans la personne du roi. Le roi déléguait une partie de ses fonctions judiciaires, tout en conservant celles qui lui plaisaient. Mais avec l'avènement du régime démocratique, régime dans lequel la société exerce la souveraineté nationale, il est logique que l'on délaisse le système de la justice retenue. La société délègue une partie de ses pouvoirs à des citoyens qui ne l'exercent que pour la représenter. Dans la Constitution actuelle, le Chef de l'Etat n'est pas un souverain, et la parcelle de pouvoir qu'il possède est si faible qu'il

ne peut rien déléguer, ni retenir; il ne peut que représenter la nation en matière exécutive (1).

Nous arrivons ainsi à cette conclusion que l'expression de justice retenue par le Chef de l'Etat est un anachronisme, qu'elle constitue une antinomie radicale avec les principes essentiels du Droit public moderne.

Nous n'insisterons pas davantage sur la discussion théorique des idées de justice retenue et de justice déléguée. Nous avons, nous l'espérons, dégagé suffisamment la notion de justice retenue et montré son insuffisance dans l'exercice de la juridiction d'un Etat moderne.

Mais le système n'a-t-il pas laissé de traces dans notre Droit moderne?

L'immense majorité des auteurs soutient la négative. Pour ces jurisconsultes, la disposition de l'article 9 de la loi de 1872 : « le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative » a eu une portée absolument générale. Pour notre part, nous rangeant à l'avis de

(1) LAFERRIÈRE. — *Juridiction administrative* : « On doit aussi reconnaître qu'une des conséquences les plus importantes de la délégation fut que le Conseil d'Etat reconnut que la délégation qui lui était faite comme Cour de justice administrative avait aussi pour conséquence un affermissement de la doctrine juridique, une précision plus grande des règles de fond et de procédure applicables au recours pour excès de pouvoir. Des efforts nouveaux furent faits en ce sens : la juridiction s'appliqua à transformer de plus en plus en véritables recours contentieux des réclamations qui avaient eu longtemps le caractère plus incertain d'un suprême appel à la justice de l'Etat. »

nos éminents maîtres, MM. Jacquelin, Hauriou, Appleton, nous ne croyons pas qu'il en soit ainsi.

Malgré l'affirmation du texte de la loi de 1872, nous allons essayer de prouver qu'il existe encore dans notre juridiction administrative moderne certains vestiges de la justice retenue. Rechercher ces différents vestiges dans les institutions juridictionnelles qui, depuis 1872, ont vécu et vivent encore, tel sera le but que nous nous efforcerons d'atteindre. Démontrer qu'il existe encore une justice retenue, telle est la tâche que nous nous assignons.

CHAPITRE PREMIER

PRÉAMBULE

LES VESTIGES DE LA JUSTICE RETENUE ACTUELLEMENT DISPARUS

Il serait, croyons-nous, périlleux de s'aventurer dans l'étude des traces que notre ancienne justice retenue a laissées dans le Droit moderne sans jeter un coup d'œil sur deux institutions administratives qui, bien que n'existant plus à l'heure actuelle, ont eu une grosse influence sur notre Droit administratif et ont été une puissante manifestation de notre ancienne justice retenue, nous voulons parler de la théorie du ministre-juge et du recours comme d'abus.

La théorie du ministre-juge, admise longtemps comme un des rouages de notre Droit administratif, après avoir prédominé pendant la plus grande partie du quatorzième siècle, a fini par succomber sous les attaques répétées des jurisconsultes.

Quant au recours comme d'abus, il a eu longtemps une influence considérable ; mais la loi de la séparation des Eglises et de l'Etat est venue mettre fin à sa puissance en supprimant tous rapports entre la société civile et la société religieuse. Désormais ce

recours, qui était chargé de veiller à ce que les pouvoirs spirituels et temporels n'empiétassent pas sur leur domaine respectif, est devenu inutile.

La théorie du ministre-juge et le recours comme d'abus ont joué un grand rôle. Il est donc nécessaire de les étudier.

SECTION I

Théorie du Ministre Juge

Après avoir régné en maîtresse pendant de longues années, la théorie des administrateurs-juges a décliné rapidement, et aujourd'hui elle ne serait plus qu'un souvenir si elle n'avait laissé des traces profondes sur les conditions de formation de notre contentieux administratif.

Ce qu'il nous est utile de constater, c'est que la théorie du ministre-juge a brillé non seulement à l'époque où la justice déléguée avait succédé à la justice retenue, puisque c'est seulement en 1863 que nous voyons se dessiner le mouvement qui devait renverser la juridiction ministérielle, et que ce n'est que plus tard, bien après la grande loi administrative de 1872, que la théorie du ministre-juge fut abandonnée.

Si donc, comme nous l'indiquions, il y eut une période de justice déléguée pendant laquelle la théorie des administrateurs-juges se manifeste dans tout son éclat, ne sommes-nous pas obligé de reconnaître que notre ancienne justice retenue exerçait encore une

réelle influence à une époque où elle était censée avoir disparu, car la juridiction ministérielle, n'était-ce pas une justice gouvernementale? Or, la juridiction gouvernementale a toujours été l'opposé de la justice déléguée.

Il nous suffit d'examiner successivement la doctrine et la jurisprudence pour reconnaître que le ministre fut longtemps considéré comme le juge administratif de droit commun, et cela dans tous les cas où aucun texte n'avait attribué la connaissance du litige à une juridiction quelconque et où le litige, à raison de son caractère administratif, échappait par sa nature à la compétence judiciaire.

De même, dans certains cas spéciaux où des textes ont attribué compétence au ministre pendant longtemps, la jurisprudence et la doctrine étaient d'accord pour interpréter ces textes comme conférant en ces matières la qualité de juge d'attribution au ministre.

Ce fut, sous la Révolution, la confusion absolue des fonctions administratives et judiciaires qui détermina un certain nombre d'auteurs administratifs à enseigner que le ministre était le juge de droit commun, et ils furent confirmés dans leur opinion lorsqu'ils virent les ministres acquérir progressivement le droit d'annuler les jugements des autorités administratives inférieures et de juger eux-mêmes en matière de Contentieux administratif. Juge et administrateur étaient donc devenus une seule et même chose. Le ministre était juge puisqu'il était administrateur.

Mais quand, en l'an VIII, fut réorganisé le Conseil d'Etat, et qu'il reçut parmi ses attributions celle de statuer sur toutes les affaires contentieuses dont la décision était précisément remise au ministre, qu'allait devenir la juridiction ministérielle?

La doctrine et la jurisprudence furent d'avis de juxtaposer la juridiction ministérielle et celle du Conseil d'Etat qu'elles qualifiaient de juridiction suprême, et la grande majorité des auteurs s'accordèrent pour reconnaître que le ministre pouvait, malgré les textes de l'an VIII, être regardé comme le juge administratif de droit commun.

Rappelons, à ce sujet, l'observation que nous avons déjà faite, à savoir que la justice, dans notre hypothèse, était retenue non pas au profit du Chef de l'Etat, mais au profit du ministre en tant que chef de la justice administrative. C'est le nouvel aspect de la justice retenue, et il y a là une différence importante avec la conception de l'ancien régime.

Cette opinion se maintint jusqu'en 1881, c'est-à-dire à une époque où la justice déléguée avait été depuis plusieurs années consacrée par la loi. Ce ne fut qu'à partir de cette date qu'un revirement se produisit dans la jurisprudence (arrêt du 24 juin 1881, affaire Bougard), et que le Conseil d'Etat fut reconnu juge administratif de droit commun.

La jurisprudence de 1881 n'avait pas, cependant, comme on aurait pu le croire, supprimé l'intervention du ministre en matière contentieuse. Le Conseil d'Etat

devenait juge administratif, il est vrai, mais, étant donné que la validité du recours porté devant lui était subordonnée à la nécessité d'une décision préalable du ministre, on pouvait dire que, dans un certain sens, la justice retenue subsistait et qu'il était resté une trace évidente de l'influence gouvernementale en matière judiciaire. Si on avait vraiment, en 1881, abandonné la théorie du ministre-juge administratif de droit commun, le ministre n'aurait plus dû intervenir dans les litiges administratifs, soit à titre de juge, soit à titre d'administrateur, et le requérant n'aurait eu désormais qu'à s'adresser au seul juge de droit commun, le Conseil d'Etat. Sans doute, il faut reconnaître que la décision préalable à celle du Conseil d'Etat a plutôt un caractère administratif que juridictionnel, mais cela n'explique pas que la jurisprudence de 1881 l'ait maintenue. Nous devons donc en arriver à cette conclusion que la théorie du ministre-juge administratif de droit commun a été abandonnée presque en totalité. Le ministre-juge est remplacé par le Conseil d'Etat, et un seul point de l'ancienne justice retenue persiste, à savoir la nécessité d'une décision préalable du ministre dans les procès intéressant l'Etat.

Mais si la théorie du ministre-juge administratif de droit commun était morte, ne convenait-il pas, comme on l'a admis pendant de longues années, de reconnaître au ministre le caractère d'un juge d'exception au sujet de certaines matières déterminées ? La question se posait surtout en raison de ce fait qu'un certain

nombre de textes attribuaient compétence au ministre à propos de certaines questions litigieuses, pour lesquelles on se demandait si ce n'était pas à titre de juge que statuait le ministre. De même, dans d'autres cas, la décision ministérielle présentait de grandes analogies avec un jugement. C'est ainsi qu'elle pouvait être mise en exécution par toutes les voies de droit, qu'elle emportait hypothèque judiciaire et devenait définitive dans les deux mois de sa notification, si elle n'était pas attaquée devant le Conseil d'Etat.

La décision ministérielle pouvait-elle, dans ces différentes hypothèses, être considérée comme un jugement ? Nous croyons qu'avant de nous prononcer sur cette question, il est nécessaire d'établir une comparaison entre le recours gracieux et le recours contentieux.

Le particulier, victime de la violation d'un droit, peut, avant d'user du recours contentieux, s'adresser à l'administration au moyen du recours gracieux et tenter de lui faire réformer son acte. Ici le ministre, dans l'opinion dominante, aurait statué, non comme juge, mais comme administrateur. Le criterium qu'il était possible d'admettre en cette matière était le suivant : Si le ministre pouvait intervenir d'office et statuer spontanément en dehors de toute intervention, il statuait comme administrateur et non comme juge. Il n'y avait acte juridictionnel de sa part que lorsqu'il s'agissait d'une matière où il ne pouvait pas statuer d'office, et devait attendre d'être

saisi d'une réclamation. On était bien alors en présence d'un acte juridictionnel, parce que le juge véritable n'a le droit de statuer sur une contestation que tout autant que les intéressés l'ont portée devant lui.

S'il est vrai qu'actuellement la théorie du ministre-juge est complètement abandonnée et que la doctrine et la jurisprudence sont unanimes pour reconnaître qu'il n'existe plus de matières où le ministre puisse intervenir d'office, il n'en est pas moins certain que cet abandon n'a pu se produire que par voie d'étapes successives.

C'est en 1863, qu'après avoir régné en souveraine maîtresse pendant de longues années, la théorie du ministre-juge tendit à décliner. Il y avait eu jusqu'alors des décisions ministérielles auxquelles on avait cru devoir reconnaître le caractère juridictionnel, telles celles appliquant aux fournisseurs et entrepreneurs de l'Etat les mesures prévues par leur marché, par exemple au sujet de la résiliation du contrat, ou bien encore les décisions ministérielles liquidant les dettes de l'Etat, et enfin les décisions rendues par les ministres en qualité de supérieurs hiérarchiques à l'égard d'une décision prise vis-à-vis d'un administrateur inférieur.

Pendant longtemps, on crut voir dans ces actes administratifs des analogies profondes avec les décisions juridictionnelles. Leur caractère exécutoire avait vivement impressionné les jurisconsultes qui y avaient trouvé la caractéristique très nette de l'acte de juri-

diction. Il y avait là une erreur. Du moment que l'administration exerce le pouvoir exécutif, il est naturel qu'elle possède des pouvoirs d'exécution. Nous trouvons nombre d'actes administratifs exécutoires par eux-mêmes en dehors des actes des ministres, et cependant ce ne sont pas des actes juridictionnels.

Mais allons plus loin. Considérer les décisions des ministres comme des actes juridictionnels, c'est oublier que l'arrêté ministériel émane de la fonction active, et qu'il ne faut pas confondre cette fonction avec la fonction juridictionnelle. L'intervention du ministre est un contrôle supérieur hiérarchique en vue de pourvoir à la marche normale de l'administration, mais ne tend pas à faire respecter directement le droit de l'individu. D'ailleurs, les quatre hypothèses de prétendue justice retenue que nous nous sommes bornés à énumérer, qui avaient fait naître la théorie du ministre-juge, étaient assez facilement réfutables. Pour nous en tenir à la liquidation des dettes de l'Etat au moyen d'une décision ministérielle, nous dirons que cette opération nous apparaît comme un acte tantôt de gestion, tantôt d'autorité. C'est un acte de gestion quand le particulier se prétend créancier de l'Etat et a le droit de saisir directement un tribunal autre que le Conseil d'Etat, sans s'adresser tout d'abord au ministre (1). Lorsque le particulier s'adresse d'abord au ministre pour lui demander la liquidation de sa créance, il est dans la situation d'un créancier demandant à son débiteur de

consentir la reconnaissance de sa dette, et la réponse du débiteur, de l'Etat en la circonstance, n'est pas autre chose qu'un acte de gestion de son patrimoine. Au contraire, la liquidation d'une dette de l'Etat par le ministre est un acte d'autorité quand le particulier est tenu tout d'abord de s'adresser au ministre et que la décision de celui-ci n'est susceptible que d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat. Nous ne saurions envisager ici ces cas qui furent la base de la théorie du ministre juge. Là n'est point l'objet de notre étude. Nous les avons signalés simplement parce qu'ils sont des manifestations des actes d'autorité et des actes de gestion.

Cependant il est un texte qu'il paraît bien difficile de ne pouvoir envisager comme attribuant au ministre un pouvoir de juridiction. C'est l'article 9 de la loi du 11 juillet 1881, en vertu duquel, dans le cas où les agences d'émigration n'auraient pas rempli depuis le départ du navire leurs engagements vis-à-vis des émigrants, le ministre du Commerce peut procéder au règlement de la liquidation des indemnités, sauf recours au Conseil d'Etat, le recouvrement de ces indemnités se faisant à la diligence du ministre des Finances.

On sent nettement ici qu'il ne s'agit pas d'une question rentrant dans le domaine de l'action administrative. Le ministre intervient-il dans ce cas à titre de juge ? Ceci paraît difficile à admettre, car l'intervention du ministre apparaît comme une attribution

de police (1). Les émigrants sont, en général, de pauvres gens qui ont tout perdu et s'en vont chercher à l'étranger des moyens d'existence, et les agences d'émigration ont un penchant trop naturel à abuser de cette situation pour s'abstenir de remplir leurs engagements vis-à-vis de ces malheureux. Nous devons d'autre part constater sur ce point que les tribunaux judiciaires peuvent statuer en toute compétence, concurremment avec le ministre.

Les conclusions qui se dégagent de l'exposé de la théorie du ministre-juge, exposé que nous avons fait aussi bref que possible, est que cette doctrine doit être regardée comme morte à notre époque, et cela est vrai aussi bien pour la théorie du ministre-juge d'attribution en vertu de textes formels, que pour la théorie du ministre-juge de droit commun. Les auteurs de Droit administratif sont tous d'accord pour reconnaître que le ministre, dans ses diverses hypothèses, statue non comme juge, mais comme administrateur.

Si nous avons insisté, bien que légèrement, sur certains arguments qui, dans l'histoire du droit administratif, aident à mettre en relief cette théorie, c'était afin de montrer que, lors de son application, elle représentait un des vestiges les plus nets de l'ancienne justice retenue. Elle a subsisté très forte et très vivace à une époque où le règne de la justice retenue avait déjà fait place à celui de la justice déléguée, et nous sommes obligé de reconnaître que si elle a fait son

(1) JACQUELIN. — Principes du contentieux administratif.

temps, elle a du moins très profondément enfoncé son empreinte sur les conditions auxquelles la jurisprudence du Conseil d'Etat subordonne la recevabilité des recours qui lui sont déférés.

SECTION II

L'appel comme d'abus

S'il est vrai que la théorie du ministre-juge, vestige indiscutable de la justice retenue, a pu avoir sur le développement du Droit administratif une influence indiscutable, que dire de la théorie du recours comme d'abus qui, jusqu'en 1905, a fonctionné dans des questions administratives d'ordre spécial ?

Le recours comme d'abus fut supprimé en 1905 par la loi de la séparation des Eglises et de l'Etat, mais l'appel d'abus joua dans l'histoire des institutions administratives un rôle considérable et représente un des plus anciens vestiges de la justice retenue. C'est pour cela qu'il importe pour nous de lui consacrer quelques développements et de rechercher les raisons qui nous le font considérer comme un souvenir de la justice retenue.

Le recours pour abus résultait de la distinction du pouvoir spirituel et du pouvoir temporel. Il empêchait les empiètements réciproques de la société spirituelle et de la société temporelle, protégeait le pouvoir temporel contre les abus de l'autorité ecclésiastique, et

cette dernière contre les empiètements du gouvernement. Il veillait à ce que la société spirituelle ne puisse, sous des prétextes religieux, nuire à la tranquillité de l'Etat, mais laissait, par contre, les citoyens jouir en paix des biens et des avantages s'y rattachant.

Beaucoup d'auteurs ont cru voir dans le recours comme d'abus, un recours purement gouvernemental. Ils le considéraient comme une intervention purement politique et gouvernementale du Chef de l'Etat faisant respecter la tranquillité publique. Mais d'autres auteurs administratifs ont attribué au recours pour abus le caractère contentieux. C'est cette dernière thèse que nous allons nous efforcer de démontrer en nous inspirant de l'histoire des textes et de la jurisprudence, et en limitant d'ailleurs nos développements. Lorsque nous aurons réussi dans cette tentative, nous pourrons nous rendre un compte exact de l'intérêt considérable que présente ce vestige de la justice retenue par suite de l'immixtion incessante du gouvernement dans son exercice.

L'histoire nous enseigne que sous l'ancien régime, ce furent les Parlements qui, par des ordonnances nombreuses, furent investis de la juridiction du droit d'appel comme d'abus. Il faut toutefois reconnaître qu'un grand nombre de ces affaires furent retenues par le roi jugeant en son Conseil, mais celles qui relevaient de la juridiction du Parlement étaient indiscutablement contentieuses. Elles comportaient

une procédure contentieuse : les parties étaient entendues et le Parlement statuait.

Dans la période intermédiaire, antérieurement au Concordat, ce furent les tribunaux de district qui jugeaient les questions d'abus. Lorsque le Concordat fut établi en France, on réserva au Conseil d'Etat la juridiction des cas d'abus.

Beaucoup d'auteurs ont cru que l'appel d'abus devant le Conseil d'Etat n'était pas un cas de juridiction, par considération de ce fait que la plupart de ces appels étaient soustraits à la section du contentieux pour être portés devant l'assemblée générale du Conseil d'Etat. On peut expliquer cette dernière pratique par des raisons uniquement politiques. Il avait semblé que lorsqu'une affaire avait un caractère nettement politique, il y avait intérêt pour le gouvernement à la porter devant l'assemblée générale du Conseil d'Etat pour lui enlever son caractère juridictionnel et en faire une question politique.

Observons en passant à quel point l'ingérence du gouvernement fut forte dans l'appel comme d'abus. Voilà évidemment un cas intéressant de justice retenue qui s'est manifesté bien longtemps après que la justice déléguée eût remplacé la justice retenue ! Il n'est pas sans intérêt pour nous de le constater.

L'histoire n'est d'ailleurs pas la seule à nous permettre de constater le caractère juridictionnel de l'appel d'abus. Les textes et la jurisprudence sont là

aussi pour nous démontrer que cette procédure était bien contentieuse.

Nous ne pouvons faire ici une étude approfondie des divers cas susceptibles d'appel d'abus. Ce serait, croyons-nous, nous laisser entraîner en dehors des limites de notre étude. Nous nous bornerons à présenter les traits principaux de cet ancien recours, aujourd'hui disparu, et pour cela nous nous contenterons de rechercher, dans un ou deux cas tout au plus, si les textes et la jurisprudence attribuaient bien à ce recours un caractère contentieux.

Un des cas les plus intéressants du recours pour abus, fut l'abus pour excès de pouvoir. C'est par là qu'il se distingue nettement des autres recours, et c'est de lui seul dont nous nous occuperons dans ce paragraphe. Un parallèle s'impose entre le recours pour abus, fondé sur l'usurpation ou l'excès de pouvoir, et le recours pour excès de pouvoir prévu par l'article 9 de la loi du 24 mai 1872.

M. Laferrière (1) les oppose l'un à l'autre. Il admet que le recours pour excès de pouvoir est, par son essence même, un recours contentieux tendant à une annulation contentieuse, alors qu'il ne reconnaît pas ce caractère au recours pour abus qui n'emportait avec lui, dit-il, qu'une annulation administrative.

Peut-être nous sera-t-il permis de discuter l'opinion de M. Laferrière et de soutenir que le recours pour abus ne fut jamais qu'un aspect du recours pour

(1) M. LAFERRIÈRE. — *Juridiction administrative*.

excès de pouvoir. Sans doute nous reconnaissons que le recours pour abus, touchant aux intérêts politiques de l'Etat, subit dans une large mesure l'influence gouvernementale ! Mais le recours pour excès de pouvoir n'est-il pas dirigé, lui aussi, contre les actes de commandement et de puissance publique et l'annulation à laquelle il aboutit, ne se produit-elle pas *erga omnes* ? Le recours pour abus, comme le recours pour excès de pouvoir, était, d'ailleurs, exercé par le juge administratif. Avant 1872, tous deux étaient des attributs de la puissance exécutive. Le Chef de l'Etat possédait seul le pouvoir d'annulation. En 1872, cet attribut du Chef de l'Etat disparut pour le recours pour excès de pouvoir et se maintint dans le recours comme d'abus ; mais tous deux demeurèrent des recours contentieux, et tandis que l'un vivait sous le régime de la justice déléguée, l'autre était encore placé sous celui de la justice retenue.

Un exemple nous permettra de conclure à la difficulté d'établir entre eux une démarcation très nette. D'après l'article 19 de nos lois organiques, les évêques nommaient et instituaient les curés, mais cette nomination devait être approuvée par le gouvernement. De même le gouvernement devait approuver leur suspension et leur destitution. D'où deux recours, un recours pour abus contre la décision épiscopale si elle était entachée d'excès de pouvoir, si elle violait les canons reçus en France, et un recours pour excès de pouvoir contre le décret de l'autorité temporelle

si l'ecclésiastique estimait qu'elle était intervenue à tort. Pourquoi ici attribuer une nature différente à ces deux recours ! L'un et l'autre avaient pour base la violation alléguée d'un droit, une atteinte injustifiée au principe de l'inamovibilité des curés. Deux recours étaient nés parce que deux autorités différentes avaient successivement statué, mais leur nature contentieuse était également manifeste. Pourquoi donc aurait-on refusé au recours pour abus le même caractère contentieux qu'au recours pour excès de pouvoir, alors qu'au contraire, dans certains cas, ce caractère paraissait s'affirmer avec une netteté plus grande ?

Nous n'insisterons pas sur ces points. L'exemple que nous avons pris nous a permis de reconnaître que le recours pour abus avait le caractère contentieux, mais nous avons dû en même temps admettre que l'esprit politique et gouvernemental avait influencé à un tel point son action, qu'il nous a paru comme n'ayant été exercé que comme justice retenue.

Et maintenant demandons-nous si la jurisprudence nous permet d'arriver à de semblables conclusions ?

Prenons comme point de départ de notre raisonnement la théorie du recours parallèle :

Le Conseil d'Etat déclare irrecevable le recours pour excès de pouvoir lorsque la discussion de l'acte administratif argué d'illégalité n'est qu'un élément d'un débat plus complet qui peut être porté devant une juridiction judiciaire ou administrative. C'est la théorie du recours parallèle.

Le Conseil d'Etat a cru qu'en accueillant le recours pour excès de pouvoir contre des actes administratifs, il aurait le moyen de faire revivre le système des évocations, si justement reproché à l'ancien Conseil du roi, et d'enlever ainsi aux tribunaux administratifs et judiciaires la matière d'un débat dont la connaissance leur est réservée par la loi. D'autre part, il a été frappé des inconvénients que pouvait faire naître l'absence de toute entrave à l'exercice du recours pour excès de pouvoir, et il a craint l'opposition entre la décision du juge du fait et la sienne (1).

Pour que l'exercice du recours pour excès de pouvoir soit paralysé, il exige que la partie lésée dispose, pour obtenir satisfaction, d'un recours parallèle pouvant la conduire au but auquel elle est en droit de prétendre ; que ce recours, qui peut être exercé devant une autre juridiction, soit en second lieu direct, consistant en une action que la partie lésée puisse mettre en jeu de sa propre initiative ; enfin, que ce recours parallèle et direct dont dispose la partie lésée soit un recours contentieux et non un simple recours hiérarchique devant une autorité supérieure.

Grâce à ces données, notre raisonnement se facilite. D'une part, le Conseil d'Etat déclarait irrecevable le recours pour excès de pouvoir contre un acte de l'administration argué d'illégalité lorsque cet acte touchait à l'exercice du culte. De pareils actes, disait-il, n'étaient pas susceptibles de lui être déférés par la

(1) Conseil d'Etat, 6 juin 1879. — DE VILLARS.

voie du recours pour excès de pouvoir et ne pouvaient donner ouverture ni au recours pour abus qui compétait à toute personne intéressée, en vertu des articles 7 et 8 de la loi du 18 Germinal, an X, contre tout acte de l'autorité civile qui avait porté atteinte à l'exercice public du culte et à la liberté que les lois et règlements garantissaient à ses ministres. Et, d'autre part, le Conseil d'Etat proclamait que le recours pour excès de pouvoir n'était irrecevable contre un acte administratif que lorsque le particulier lésé par cet acte disposait d'une voie de recours parallèle et contentieuse.

Le recours pour abus était donc un recours de nature contentieuse. La jurisprudence, confirmant l'histoire et les textes, nous en a donné avec netteté l'affirmation implicite sans doute, mais absolument catégorique.

La brève étude que nous avons essayé de faire du recours pour abus, aujourd'hui disparu, nous a convaincu de sa nature contentieuse et nous l'a présenté comme une survivance du vieux système de la justice retenue. Lui dénier ce caractère eût été une grave erreur, car si une grande liberté était accordée au juge de l'abus, cette liberté ne pouvait être absolue à raison de nombreux intérêts politiques en jeu dans le débat. M. Laferrière, reconnaissant que le juge de l'abus pouvait annuler d'une manière absolue l'acte incriminé, disait que c'était une des conséquences de la juridiction toute spéciale exercée en cette matière

par le Conseil d'Etat, et à laquelle est inhérente une part de puissance publique et d'autorité hiérarchique. Rappelons seulement pour mémoire que M. Béquet était d'avis de rattacher au contentieux de pleine juridiction le recours pour abus. Or, au contentieux de pleine juridiction se rattachent d'autres recours dont nous parlerons plus loin, dont le Conseil d'Etat n'est pas juge en assemblée générale du contentieux, mais en assemblée générale de toutes les sections, et ici il n'exerce point de justice déléguée, c'est le gouvernement qui exerce la justice définitive.

L'étude, peut-être trop rapide que nous avons faite de la théorie du ministre-juge et du recours pour abus, nous a permis d'examiner deux cas intéressants de vestiges de justice retenue dans notre droit administratif. Tous deux ont joué un rôle important. Il était de notre devoir de ne pas les passer sous silence et d'essayer, en les présentant, d'en faire ressortir les traits essentiels. Mais maintenant que tous deux ont disparu, ne convient-il pas de jeter un coup d'œil sur notre législation moderne et de dégager successivement les cas les plus intéressants de justice retenue que nous pourrions y découvrir ?

CHAPITRE II

LES VESTIGES DE LA JUSTICE RETENUE DANS LES CONFLITS D'ATTRIBUTION

Avant d'aborder l'étude de ce premier paragraphe, il importe, croyons-nous, de dégager en quelques lignes la nature et les origines du conflit d'attributions.

On en connaît deux espèces. La première, le conflit positif d'attributions, permet au pouvoir exécutif d'assurer à son profit le respect de la séparation des pouvoirs en empêchant l'empiètement des tribunaux judiciaires sur les fonctions administratives, et en interdisant à ces mêmes tribunaux de statuer sur les litiges de nature administrative quand un texte de loi ne les y autorise pas expressément.

Le conflit négatif d'attributions est bien moins intéressant. Il ne se présente que dans le cas où deux ordres de juridictions déclinerait en même temps leur compétence. Ce sera au tribunal des Conflits à désigner la juridiction compétente.

Nous ne nous attarderons pas à l'étude du conflit négatif d'attributions, qui est loin d'offrir la même importance que le conflit positif. Nous nous bornerons à rappeler brièvement les phases par lesquelles a

passé le conflit d'attributions avant d'arriver au système d'élévation et de juridiction qui le régissent à l'époque actuelle.

Sous l'ancien régime, il n'existait pas de règles bien précises sur le conflit. Le droit d'élever le conflit appartenait au pouvoir royal, ce qui nous place en pleine période de justice retenue. Il arrivait fréquemment qu'à l'occasion d'usurpations commises par les intendants, les Parlements les mandaient à leur barre pour leur tracer leur ligne de conduite, annuler ou réformer leurs actes (1). L'intendant de son côté opposait au Parlement un déclinatoire d'incompétence et obtenait du Conseil du roi l'évocation de l'affaire.

La Révolution confondit le conflit et la réclamation d'incompétence. Il suffisait d'avoir intérêt pour élever le conflit. Administration et particuliers l'utilisèrent souvent sans qu'il existât en cette matière une réglementation bien précise.

L'ordonnance du 1^{er} juin 1828 supprima l'arbitraire des époques précédentes. Elle est encore en vigueur en matière d'élévation de conflit. Elle reproduisait l'arrêté consulaire du 13 Brumaire, an X, qui donnait au préfet le droit d'élever le conflit. Le préfet propose au tribunal judiciaire de se déclarer incompétent ; s'il refuse, il peut prendre un arrêté de conflit qu'il adresse au Procureur de la République. Les juges devront suspendre l'examen de l'affaire tant que le l'ordonnance de 1828, a seul qualité pour élever le

(1) JACQUELIN. — *Contentieux administratif*, p. 55.

conflit ne sera pas réglé définitivement. Le préfet, dit conflit. Cette solution n'est pas douteuse au cas où les tribunaux judiciaires empiètent sur l'administration. Mais qu'advient-il dans le cas inverse lorsque c'est l'administration qui empiète sur les pouvoirs judiciaires ? La loi de 1872, dans son article 26, loi que nous étudierons plus loin, reconnaît que les ministres peuvent revendiquer devant le tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. En vertu de ce principe, ne peut-on pas admettre le droit pour eux d'élever le conflit devant le Conseil d'Etat au nom du pouvoir judiciaire ? La question est très discutable et il semble même que la solution affirmative soit préférable, auquel cas la loi de 1872 porterait atteinte à la règle de l'ordonnance de 1828 qui donnait au préfet seul le droit d'élever le conflit.

En étudiant les origines et le mode d'élévation du conflit, nous nous sommes peut-être écarté de notre sujet, mais nous avons cru nécessaire de le faire pour pouvoir envisager avec méthode la matière du jugement du conflit à propos de laquelle nous aurons à résoudre une des principales difficultés de notre étude.

Deux systèmes principaux ont été successivement adoptés pour le jugement des conflits. Le premier, qui caractérise nettement la période de justice retenue et que nous retrouvons de l'an VIII à la fin du second Empire, conférait le jugement des conflits au premier

Consul, au Roi en son Conseil d'Etat, à l'Empereur. On n'y trouve aucune trace de justice déléguée. Le chef du pouvoir exécutif seul est appelé à statuer. Avec la loi de 1872, un grand changement se produit. La juridiction des conflits est déléguée à un tribunal indépendant, le Tribunal des Conflits, composé de juges pris dans le sein du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation et présidé soit par le ministre de la Justice, soit par un vice-président choisi parmi les juges. Il n'y a donc plus ici de justice retenue, les décisions du tribunal n'étant pas signées du Chef de l'Etat.

Après avoir essayé de dépeindre d'une façon brève l'histoire du conflit et son organisation à l'époque moderne, nous voici maintenant arrivés au point critique de notre étude. Recherchons si véritablement le conflit d'attribution a le caractère de justice déléguée.

Et d'abord invoquons en cette matière l'autorité des auteurs du Droit administratif :

M. Hauriou reconnaît au contentieux du conflit le caractère de justice déléguée (1).

« C'est la loi du 24 mai 1872, dit-il, qui a définitivement organisé un Tribunal des Conflits indépendant et qui a fait du contentieux des Conflits une justice déléguée. En effet, le Tribunal des Conflits a un président qui est le ministre et se choisit lui-même un vice-président. Les décisions du tribunal sont signées

(1) HAURIOU. — *Droit administratif*, p. 943.

du président ou du vice-président ; elles ne sont donc pas signées du Chef de l'Etat ; ce ne sont donc point des décrets en Tribunal des Conflits. Cela suffit pour qu'on ne puisse pas dire que la justice est retenue, car il n'y a de justice retenue que celle dont les décisions sont sous la signature du Chef de l'Etat. »

Voilà donc une première opinion très nette.

M. Laferrière, lui, ne se prononce pas expressément sur le caractère de justice déléguée du contentieux des conflits (1). Empruntons ses paroles :

« Si l'on ne veut voir dans le Tribunal des Conflits qu'une juridiction spéciale jugeant des difficultés de compétence entre l'administration et les particuliers, on ne peut nier que la présence d'un Ministre parmi les juges peut présenter quelque chose d'insolite. Le législateur l'a pensé lui-même, puisque dans les lois organiques du Conseil d'Etat il a refusé au Ministre de la Justice, quoiqu'il soit le président de ce corps, le droit de prendre part au jugement des affaires contentieuses. »

D'autre part, M. Laferrière reconnaît que si l'on voit, dans la décision sur conflit, ce qui s'y trouve réellement, c'est-à-dire un règlement d'attributions entre deux pouvoirs publics qui se trouvent en désaccord, une application des lois fondamentales qui limitent leur compétence respective et leur interdisent de mutuels empiètements, il est difficile de ne pas admettre que l'autorité gouvernementale a le

(1) LAFERRIÈRE. — *Juridiction administrative*.

droit et peut-être le devoir d'être représentée dans cette œuvre, pour conserver au gouvernement de l'Etat la place qui lui appartient dans cette mission d'ordre public.

M. Laferrière se rend compte du danger que peut présenter la présence d'un membre du Gouvernement parmi les juges, il en voit l'importance sur la balance des décisions de ce tribunal et n'hésite pas à le signaler, mais il reconnaît aussi que la présence du Ministre peut être nécessaire lorsqu'il faudra régler les attributions de deux pouvoirs publics en désaccord. Le point de sa théorie, sur lequel il insiste le plus est le caractère insolite de la présence d'un membre du Gouvernement. Il n'admet donc point le caractère de justice déléguée sans restrictions.

Au contraire, M. Jacquelin se prononce d'une façon absolument nette sur la question :

« Parmi les vestiges très vivaces laissés par la théorie de la justice retenue, on peut, dit-il, en signaler un qui est capital : c'est le conflit d'attribution, et ce n'est pas d'une autre théorie que peut se réclamer la théorie du conflit lorsque l'on voit que c'est la décision du Ministre qui va départager le tribunal, et cela à propos de litiges fondamentaux (1). »

(1) M. JACQUELIN, Cours de Doctorat, Sciences politiques, 1910-11.— Pour M. Jacquelin, ce qui fait qu'on doit considérer le Tribunal des Conflits non comme une juridiction mixte, mais comme une juridiction gouvernementale, c'est la présence du ministre de la Justice et son droit de présider le tribunal des conflits. Parfois, il est vrai, on a pu considérer le Garde des Sceaux comme un magistrat,

Nous voici donc en face de trois théories entièrement distinctes. L'une n'hésite pas à reconnaître au conflit d'attributions le caractère de justice déléguée. La seconde ne se prononce en faveur de la délégation qu'avec beaucoup d'hésitation. Enfin, la troisième voit, sans contestation, dans le conflit d'attributions, un cas de justice retenue.

En présence de ces trois savantes théories, quelle sera notre conclusion ? Nous avouons que l'opinion de M. Jacquelin nous paraît la plus séduisante, mais il importe de la discuter et de rechercher s'il faut l'admettre sans restriction.

Il est un premier point qui nous apparaît désormais comme indiscutable. M. Laferrière le premier nous le signale, en faisant remarquer que la présence du Ministre de la Justice au Tribunal des Conflits a quelque chose d'insolite. M. Jacquelin va plus loin et n'hésite pas à proclamer qu'en départageant le Tribunal des Conflits, et cela à propos de litiges fondamentaux, la présence du Ministre retire à ce Tribunal son caractère de justice déléguée. Il suffit pour s'en rendre compte, de rappeler brièvement quelle est, dans la loi du 24 mai 1872, l'organisation du Tribunal des Conflits. Sa composition, nous la con-

mais c'est là une dérision, et il faut reconnaître avec M. Artus que le ministre de la Justice est un personnage essentiellement politique et que sa situation le met dans l'impossibilité de se placer au point de vue du droit pur. Il est d'ailleurs singulier, alors que la loi du 24 mars 1872 a éliminé de la présidence du Conseil d'Etat, statuant au contentieux, le ministre de la Justice, que ce même fonctionnaire soit encore investi de la présidence du Tribunal des Conflits.

naïssons. En règle générale, ce tribunal comprend quatre Conseillers d'Etat et quatre Conseillers à la Cour de Cassation. S'agit-il d'un empiètement du pouvoir judiciaire sur les attributions de l'administration, le conflit est élevé et il faut le juger. Qu'arrivera-t-il ? La plupart du temps, les Conseillers à la Cour de Cassation soutiendront l'autorité judiciaire, les Conseillers d'Etat l'administration. On va alors faire appel au Ministre de la Justice pour départager le tribunal, et nous reconnaissons à cet égard qu'il est bien difficile, pour ne pas dire impossible, de ne pas avoir recours à un neuvième personnage pour obtenir dans le tribunal une majorité. Seulement pourquoi ce neuvième personnage est-il le Garde des Sceaux et non quelque magistrat de carrière ou quelque jurisconsulte éminent ? (1).

(1) Remarquons que le droit du ministre de la Justice de présider le Tribunal des Conflits et de le départager, n'est pas resté lettre morte et que, chaque fois qu'il s'est agi d'un litige fondamental intéressant l'ensemble du mécanisme administratif, ou faisant intervenir la politique, chaque fois s'est produit un partage d'opinions, les Conseillers à la Cour de Cassation penchant pour la compétence judiciaire, et les Conseillers d'Etat optant pour la compétence administrative. Entre ces deux éléments, le Garde des Sceaux est intervenu et, à lui seul, a fait toute la décision. Mais ce qu'il y a de plus grave, c'est que, sous la question de compétence se cache une question de fond. Nous ne croyons pas utile d'énumérer les nombreuses affaires où la jurisprudence administrative a été fixée par le Tribunal des Conflits ; nous nous permettrons toutefois de rappeler que, dans l'affaire Brunet, du 29 février 1908, le même homme, ministre de la Justice et des Cultes, a confirmé l'arrêt de conflit élevé sur ses propres actes, alors qu'il était ministre de l'Instruction publique et des Cultes. Certains ont vu dans le système actuel cet avantage que le conflit sera tranché par une intelligence supérieure ; mais, qui prouve qu'il en sera toujours ainsi ? Les institutions qui se basent sur la qualité des hommes sont vicieuses ; elles doivent être faites pour contenir leurs passions.

A propos du rôle prépondérant attribué en cette matière au Garde des Sceaux, beaucoup répondent que les tribunaux judiciaires et administratifs sont placés sous l'autorité du Ministre de la Justice et qu'en intervenant ce dernier ne déplace pas les rôles, mais reste dans ses attributions.

On peut se ranger à cet avis, mais alors où sera la justice déléguée, puisque cette dernière est rendue par un membre du Gouvernement ? Le caractère d'une justice déléguée n'est-il pas une souveraine indépendance par rapport au Chef de l'Etat et à ses ministres ? Le Ministre de la Justice, en présidant le Tribunal des Conflits, va donc retenir la justice au profit du Gouvernement, et par le fait même du Chef de l'Etat qui l'a nommé. N'est-ce pas la preuve que nous trouvons dans le conflit d'attributions une trace bien manifeste de notre ancienne justice retenue ? En fait, il est vrai, cette règle stricte que nous venons d'exposer sera parfois atténuée, d'abord en ce sens qu'il n'y aura pas toujours quatre membres du Conseil d'Etat en opposition avec leurs collègues de la Cour de Cassation ; la loi de 1872 prescrit, en effet, que deux membres suppléants peuvent être pris en dehors de ces deux Assemblées : l'un d'eux est actuellement professeur à la Faculté de Droit de Paris. Puis, il peut également se faire que le Tribunal des Conflits soit présidé par le vice-président élu par ses collègues. Mais cela n'empêche pas qu'en présence de la conception théorique actuelle, nous sommes

obligés de conclure, et la chose paraît indiscutable, que le conflit d'attributions est un des vestiges évidents de l'ancienne justice retenue.

Il convient donc de chercher un remède à cette situation. Les procédés d'amélioration ne manquent pas : il n'y a que l'embarras du choix. Ce serait sortir du cadre de notre étude que de les examiner. Bornons-nous à rappeler que le législateur de 1872 n'a pas envisagé le conflit comme une affaire de gouvernement, mais comme une affaire de justice, et que, dès lors, la présence du Ministre de la Justice au sein du Tribunal des Conflits ne se justifie pas, moins encore son droit de le présider et de le départager.

CHAPITRE III

LES VESTIGES DE LA JUSTICE RETENUE DANS LES RECOURS EN VALIDITÉ DES PRISES MARITIMES

L'étude du recours en validité des prises maritimes présente de grands rapports au point de vue de notre étude avec le conflit d'attributions. Mais nous devons, avant de rechercher les vestiges de la justice retenue dans ce recours, donner un aperçu de la nature de la législation et du jugement des prises maritimes.

Le droit de prise maritime repose sur ce fait que toute chose capturée sur l'ennemi devient la propriété du capteur. En cas de guerre, chaque Etat belligérant a le droit de capturer les vaisseaux de guerre de son adversaire, ainsi que les bâtiments appartenant à ses nationaux. Ce droit, en tant qu'il s'exerce sur les navires de l'Etat belligérant, nous semble conforme aux principes de la guerre. Au contraire, envisagé comme portant sur les navires des particuliers, il constitue une prérogative en faveur des Etats belligérants, qui vient se heurter aux principes de civilisation, qui voudraient que, même en temps de guerre, la navigation et la propriété des commerçants fussent respectées. Mais c'est là un résultat qui n'est encore accepté par aucune nation, tous les peuples admettant qu'en cas de guerre maritime le

droit de prise peut s'exercer à la fois sur les bâtiments nationaux et particuliers.

Les prises ont eu une histoire des plus curieuses. Parcourons-la rapidement, et nous constaterons que leur domaine légal a été sans cesse en diminuant.

Dans l'antiquité toute prise était bonne, sauf le cas où la marchandise capturée appartenait à une nation alliée. C'était la grande époque de la piraterie. Qu'il nous suffise de nous rappeler les exploits trop célèbres des Carthaginois et des Grecs.

Le Moyen Age ne reconnut plus le droit de piraterie, mais les pirates, qui constituaient des groupements sans race et sans aveu, n'en poursuivaient pas moins les bâtiments qu'ils rencontraient pour en capturer les marchandises et l'équipage ; ils cèdent en tant qu'institution légale la place aux corsaires. La course était un droit. Munis d'une autorisation délivrée par le roi, surveillés par l'Etat qui leur avait remis une lettre de marque, les corsaires cherchaient à leurs risques et périls à effectuer des prises sur les navires ennemis. Ils se payaient sur leurs captures, mais il était entendu qu'ils devaient respecter les propriétés neutres, et, lorsque la paix était conclue, soumettre leur capture au jugement de leur tribunal.

Ce droit de prise à l'époque de la course fut donc un acte hostile accompli au nom du Gouvernement. Ce dernier surveillait les corsaires, afin de les empêcher de devenir des pirates, mais cela ne l'empêchait pas de les encourager. Depuis longtemps, des protes-

tations se faisaient entendre contre le droit de course. Jean-Jacques Rousseau, dans ses écrits, condamnait la course entre particuliers comme un acte illicite, et, sous la Révolution française, l'Assemblée législative invitait le pouvoir exécutif à s'entendre avec les puissances étrangères pour la supprimer.

C'est seulement en 1856 que le Congrès de Paris abolit la course et décida que seuls les navires de guerre pouvaient effectuer des prises soit sur les navires de guerre, soit sur les navires de commerce de la nation ennemie.

Au point de vue positif, nous admettons donc de nos jours que les vaisseaux qui prennent part aux hostilités ont le droit de s'emparer des propriétés de l'ennemi, mais au point de vue théorique, cette question est encore fort discutée par les jurisconsultes. Beaucoup d'entre eux sont adversaires du droit de capture, parce qu'ils trouvent que, par ce procédé, la guerre maritime est rendue plus rigoureuse que la guerre continentale. Sans entrer dans l'examen de cette question, disons qu'il est possible de justifier le droit de prise en raison des difficultés de lutte qui sont plus grandes dans la guerre maritime que dans la guerre continentale. La guerre continentale offre plus de facilités aux belligérants en permettant l'accaparement de toutes les forces publiques de l'adversaire, tandis que dans la guerre maritime les vaisseaux constituent la seule matière saisissable.

Jetons maintenant un coup d'œil sur la façon dont

les prises s'effectuaient, avant d'en arriver à la question qui nous intéressera le plus, celle de leur jugement.

Après la déclaration de guerre, et l'écoulement de certains détails, les navires d'une nation belligérante peuvent capter ceux de la nation ennemie ou ceux d'une nation neutre suspectés d'avoir à bord de la contrebande de guerre. Supposons un croiseur voulant arrêter un navire de commerce ennemi. Il arbore son pavillon et tire un coup de canon de semonce. Le navire sommé s'arrête : le capteur en visite les papiers et en dresse procès-verbal. Il fait ensuite un inventaire détaillé du navire et de sa cargaison, appose les scellés, arbore son pavillon au navire prisonnier, qu'il dirige vers un port du pays capteur. C'est ici qu'apparaît l'originalité de la matière des prises. Le capteur ne peut jouir de sa prise avant qu'une juridiction compétente ait consacré sa validité (1). Le navire ennemi amené au port, y reste jusqu'à ce qu'intervienne une décision du Tribunal des Prises, et, puisque nous en arrivons à parler de cet organe de juridiction, le seul instrument de justice pour valider les prises maritimes, il sera peut-être intéressant d'en retracer l'historique.

Autrefois, la question des prises maritimes était tranchée par l'amiral, qui était considéré comme

(1) Observons que toute prise ne donne pas nécessairement lieu à des droits au profit du capteur. Nous sommes en présence d'un bénéfice résultant d'un fait de guerre, et l'Etat capteur peut toujours renoncer à ce bénéfice.

exerçant un pouvoir disciplinaire sur toute la marine. La juridiction des prises appartient dans la suite au Conseil des Prises. La Première République l'avait confiée aux tribunaux de commerce, en raison de ce fait que la plupart des bateaux appartenaient à la marine de commerce. Une loi du 26 ventôse an VIII l'attribua au Gouvernement, et l'arrêté consulaire du 6 germinal an VIII reconstitua le Conseil des Prises. Puis, un décret du 11 juin 1806 établit l'appel du Conseil des Prises devant le Conseil d'Etat. Jusqu'à la Restauration il n'y eut que peu de changements sur cette matière, mais, à cette époque, une ordonnance du 9 janvier 1816 attribua la juridiction des prises en premier et dernier ressort au Conseil d'Etat, jugeant au contentieux. Avec la Monarchie de Juillet, le caractère de la décision sur les prises reste le même, mais prend une nuance gouvernementale, dans ce sens que le Conseil d'Etat ne statue pas dans la forme contentieuse nouvellement introduite. Toutefois, on maintient à la section du contentieux l'instruction et la préparation du rapport des décisions à rendre sur les prises.

Quelques années plus tard, la loi du 3 mars 1849 vient encore modifier cette situation. La section du contentieux n'instruit plus les affaires des prises. Ces affaires sont réglées par l'assemblée générale du Conseil d'Etat qui statue sur l'instruction préparatoire et le rapport de la section du Conseil correspondant au Ministre de la Marine.

Vient ensuite le décret du 18 juillet 1854 qui instaure la législation qui régit actuellement la question des prises. Le Conseil des Prises fonctionna dès lors comme juridiction de première instance. Cette législation, qui avait eu son point de départ dans le décret du 6 germinal an VIII, fut complétée par les décrets du 9 mai 1859 et 28 novembre 1861, et enfin par la grande loi administrative de 1872.

Aujourd'hui, le Conseil d'Etat n'intervient plus que comme juge d'appel des décisions du Conseil des Prises, et dans ce cas l'instruction est confiée à la section de législation, qui correspond au Ministère des Affaires étrangères (1).

Les notions générales et historiques que nous venons de rappeler en matière de prises maritimes nous ont fait constater que la propriété ne passe au capteur qu'à la suite d'un jugement rendu sur la validité de la prise. Ce jugement est de nature mixte. Il participe à la nature de l'acte d'hostilité, car il est la confirmation nécessaire de la saisie opérée en pleine mer, mais il a aussi le caractère d'une adhésion donnée par l'Etat à l'acte du capteur. Le tribunal devra examiner si la capture a été opérée suivant les règles du droit, et, dans le cas contraire, il fera relâcher la

(1) Rappelons que la conférence navale de Londres qui s'est réunie du 4 Décembre 1908 au 25 Février 1909 a décidé la création d'une cour internationale des prises à laquelle neutres ou belligérants pourraient avoir recours au cas où ils jugeraient leurs droits ou leurs intérêts lésés injustement par les tribunaux de prises nationaux de l'Etat capteur. Par suite de la non adhésion d'un certain nombre de puissances cette cour ne fonctionne pas encore.

prise en allouant des dommages-intérêts au propriétaire lésé, s'il y a eu faute grave de la part du capteur.

Nous voici ainsi arrivé à l'étude du jugement moderne des prises et nous devons tout d'abord nous demander comment en fait est organisée la juridiction compétente.

Constatons en premier lieu que les prises sont jugées par un tribunal organisé par l'Etat belligérant auquel appartient le capteur. On peut faire à cette règle une objection. Il est un principe de droit qui dit que nul ne peut être juge et partie dans sa propre cause. Or, ce principe paraît gravement compromis par la règle que nous avons énoncée. On peut répondre à cette critique qu'il est nécessaire que ce soit l'Etat belligérant auquel appartient le capteur qui soit choisi comme juge de la prise, car même en supposant que ce fût un tribunal neutre qui pût se prononcer sur la validité de la prise, il faudrait toujours recourir à l'Etat dont le capteur est ressortissant pour obtenir l'exécution de la sentence intervenue (1).

En France, le pouvoir exécutif organise au début de chaque guerre un Conseil des Prises, avec appel au Conseil d'Etat. La composition de ce Conseil a été réglée par le décret du 9 mai 1859.

Le Tribunal des Prises ne fonctionne que pendant la durée des hostilités, mais il peut cependant fonctionner après la déclaration de paix pour valider les prises faites en temps de guerre.

(1) PILLET. — *Le Butin et les Prises*.

Dans certains pays, les Tribunaux de Prises ont une organisation uniquement judiciaire, tels l'Angleterre, les Etats-Unis et la Hollande ; dans d'autres, ils ont un caractère administratif. En France, leur organisation est d'un caractère tout à fait spécial.

Le décret de 1854 avait établi pour la guerre de Crimée un Conseil des Prises avec appel devant le Conseil d'Etat. Ce décret fut renouvelé le 9 mai 1859 pour la guerre d'Italie. Le décret du 28 novembre 1861 a donné à cette organisation un caractère permanent. Le Conseil des Prises est composé d'un conseiller d'Etat, président, de six membres, dont deux maîtres des requêtes, d'un commissaire du gouvernement, d'un secrétaire greffier. L'instruction de l'affaire est écrite, analogue à celle suivie devant la section du contentieux. Elle s'effectue à l'aide du dossier administratif, des documents produits par les intéressés et par les agents consulaires. Les productions des parties se font par ministère d'un avocat au Conseil d'Etat et celles des consuls par le Commissaire du Gouvernement. Le Commissaire du Gouvernement établit ensuite son rapport sur lequel se fait la délibération.

En appel, la question est portée devant le Conseil d'Etat, conformément à la loi du 24 mai 1872. Par exception, un Conseil d'Etat fut établi à Tours, puis à Bordeaux, par le décret du 27 octobre 1870, lors de l'investiture de Paris, et fonctionna comme juge d'appel en matière de prises jusqu'au 26 février 1871.

L'appel doit être interjeté dans les trois jours qui suivent la notification de la délibération du Conseil des Prises et la requête d'appel est présentée par un des avocats au Conseil d'Etat. Lorsque c'est l'Etat capteur qui a succombé, c'est le Commissaire du Gouvernement qui exerce lui-même l'appel devant le Conseil d'Etat et non le Ministre. L'affaire instruite par la section correspondante est portée à l'assemblée générale du Conseil d'Etat.

On peut se rendre compte, dès maintenant, que le Conseil d'Etat a, en matière de prises maritimes, un rôle très important, en première instance par la présence de plusieurs de ses membres, en appel parce que la décision est rendue par l'assemblée générale du Conseil d'Etat.

Toutefois, à propos de l'appel en matière de prises maritimes, il importe de remarquer que le Conseil d'Etat statuant au contentieux, ne saurait connaître d'aucun recours formé contre la décision du Conseil des Prises ou contre des décrets rendus sur appel de ces décisions. En effet, lorsque les décrets de 1854 et de 1859 disposent que les décisions du Conseil des Prises peuvent être déférées au Conseil d'Etat, soit par le Commissaire du Gouvernement, soit par les parties intéressées, il s'agit exclusivement de recours dans la forme administrative. Aussi le Conseil d'Etat déclare-t-il non recevables les recours formés par la voie contentieuse.

De même aucun recours contentieux ne serait rece-

vable contre un décret en Conseil d'Etat statuant en appel en matière de prises, même si le décret était argué d'excès de pouvoir ou de vices de forme (1).

Maintenant que nous avons exposé l'organisation des juridictions des prises, tant en première instance qu'en appel, il nous reste à ajouter quelques mots sur leurs caractères propres et à délimiter nettement leur compétence.

Les tribunaux ne sont pas des commissions pure-ils jugent au sens propre de (2) ment politiques l'expression. Bien que particuliers à chaque pays, ils rendent des décisions d'une portée internationale et opposables aux belligérants et aux neutres, ce qui montre bien qu'ils doivent tenir compte des principes généraux du Droit international et non pas seulement des dispositions de la loi de leur pays, ni des règles spécialement édictées par leur Gouvernement, au début des hostilités. Mais ces règlements, qui n'ont pas le caractère de lois, ne lient que d'une façon relative les juges des prises qui doivent surtout tenir compte des principes du Droit international.

Disons quelques mots sur leur compétence. Le rôle de ces tribunaux consiste à étudier uniquement la validité de la prise par rapport aux conditions dans lesquelles elle a été effectuée. Ils n'ont pas à apprécier la question de propriété du navire ou de sa cargaison. Cependant, il y a des cas où cette question

(1) LAFERRIÈRE. — Juridiction administrative.

(2) DESPAGNET. — Droit international public.

doit être tranchée parce qu'elle est intimement liée à celle de la validité de la prise. Le juge des prises devra alors rechercher si le navire capturé appartient à un ennemi ou à un neutre.

Au sujet des dommages-intérêts qui peuvent être alloués, le Tribunal des Prises ne fait que poser le principe de la réparation : la liquidation en sera confiée aux tribunaux de commerce.

Le Tribunal des Prises se borne à examiner la validité de la prise au point de vue du droit et ne se prononce pas sur la validité de son maintien. Cependant, par mesure politique, le Gouvernement peut relâcher une prise.

Les décisions des Tribunaux des Prises, bien qu'émanant d'une juridiction nationale, auront l'autorité de la chose jugée à l'égard des nationaux étrangers qui ne sont pas leurs justiciables et des Etats auxquels ces étrangers ennemis ou neutres appartiennent. Sur ce point cependant, quelques précisions sont nécessaires.

Lorsqu'il rend un jugement, le Tribunal des Prises statue *in rem*, prononçant la confiscation au profit du capteur. La sentence s'oppose alors à tous et a une portée internationale. Mais quand il s'agit d'un jugement à apprécier *in personam*, c'est-à-dire au point de vue de l'indemnité à accorder au saisi, malgré le caractère de la sentence *in rem*, c'est-à-dire sur l'attribution de la propriété de la capture, le Tribunal des Prises, délégué du souverain du pays où

il siège, engage la responsabilité de ce dernier en tant que des dommages et intérêts doivent être payés au saisi, et cela parce que le jugement sur la capture est contraire au Droit international, soit qu'il ait mal appliqué ce droit, soit qu'il ait obéi aux lois et règlements de son propre pays qui sont contraires à ce même droit (1).

Quant à la procédure qui précédera le jugement du Conseil des Prises, elle a pour but de recueillir les éléments d'instruction propres à faciliter la validation des prises et de faire procéder à la vente des objets sujets à dépréciation. C'est au défendeur, contrairement aux principes du droit, en matière de preuve, à établir que la prise a été irrégulière. Le saisi ne peut invoquer, à l'appui de sa demande, que les pièces de son bord.

Quels seront enfin les effets du jugement sur les prises ?

La décision définitive du Conseil des Prises entraîne la confiscation des biens capturés et en transfère la propriété à l'Etat pour le compte duquel ils ont été pris, sauf à ce dernier le droit d'en abandonner une part aux auteurs de la capture (2).

Si la prise est invalidée, le jugement en ordonne la

(1) DESPAGNET. — Droit international public.

(2) Dans cette hypothèse, c'est l'Administration de la Marine qui est chargée de faire vendre aux enchères les objets déclarés de bonne prise. Le produit en est ensuite réparti entre l'équipage et la Caisse des invalides de la Marine, conformément aux règles établies par l'arrêté du 9 ventôse, an IX. (BERTHÉLÉMY. — *Précis de Droit*

restitution, mais il est très rare que l'on accorde des dommages-intérêts pour une capture injustifiée.

Nous avons essayé d'exposer d'une façon aussi brève que possible la manière dont sont jugées les prises. Ce qu'on ne peut nier de prime abord, c'est que le jugement des prises ait un caractère original et que, par sa spécialité, il s'écarte de tous les autres jugements. Plusieurs auteurs de droit administratif trouvent en lui un vestige de l'ancienne justice retenue. Efforçons-nous de discuter cette assertion, et peut-être nous sera-t-il possible d'arriver à nous faire, à ce sujet, une opinion exacte en dégagant du jugement des prises les traits principaux qui en font une institution à part.

Quand on examine le jugement des prises maritimes, on constate qu'il ne ressemble pas à un jugement émanant d'un tribunal administratif. Ce qui caractérise les jugements à l'époque moderne, c'est qu'ils sont une application stricte et rationnelle des lois en vigueur et qu'ils sont rendus par des juges indépendants. Le gouvernement n'intervient en aucune façon dans leur rédaction, en vertu du principe que la justice est déléguée.

Au contraire, quand dans un jugement on remarque une ingérence plus ou moins grande du gouvernement à tel point que l'on peut dire que cette ingérence a pesé dans la balance de la justice, il est manifeste que l'on se trouve dans un cas de justice retenue au profit du gouvernement. C'est ce qui faisait, d'ailleurs, le

propre de nos anciennes juridictions dans la période de la justice retenue, et même des lois relativement récentes de 1814 et de 1817 réservaient au roi le pouvoir d'évoquer soit en Conseil des ministres, soit dans ses Conseils de cabinet, tous les litiges administratifs touchant à des questions de haute administration, sans d'ailleurs définir ce qu'il fallait entendre par là.

Dans quelle catégorie allons-nous ranger la juridiction des prises à raison même de son caractère ? En d'autres termes, les tribunaux des prises sont-ils des tribunaux administratifs ou des tribunaux judiciaires ? A cette dernière question, nous ne pouvons répondre qu'une chose : à savoir que ces tribunaux constituent une juridiction politique ! Or, qui dit juridiction politique dit juridiction gouvernementale. Aussi n'éprouvons-nous aucune surprise à voir des auteurs de Droit administratif déclarer, les uns que l'ensemble de la législation sur les prises constitue un des restes de la législation gouvernementale (1), les autres que la matière des prises a conservé son caractère gouvernemental nettement dégagé en 1849 (2).

Comment, d'ailleurs, dénommer cette juridiction, si on lui conteste le caractère de juridiction gouvernementale ? Le Conseil des prises n'est pas un tribunal judiciaire, la chose est indiscutable, car on ne trouve en lui aucun des éléments qui caractérisent les tribunaux judiciaires. Tout au plus pourrait-on dire qu'il

(1) RENÉ WORMS (Béquet, *Droit administratif*).

(2) JACQUELIN. — *Principes dominants du Contentieux administratif*.

a des rapports avec les tribunaux administratifs. Nous avons cité un trait qui l'écarte de la juridiction administrative. Il consiste en ce que le Conseil d'Etat, en matière de prises maritimes, déclare non-recevable le recours formé par voie de requête contentieuse, et ceci est totalement en désaccord avec les principes mêmes du contentieux administratif, d'après lesquels les recours formés devant le Conseil d'Etat statuant en premier ressort ou comme juge d'appel sont portés par la voie contentieuse. Il suffit d'étudier nos diverses formes de contentieux pour s'en rendre compte. Un particulier dont le droit a été violé s'adresse au Conseil d'Etat au moyen d'une requête que présentera un avocat au Conseil d'Etat. Voilà un recours contentieux. Au contraire, nous ne trouvons pas dans la juridiction des prises une organisation pareille.

D'autre part, le Conseil d'Etat statue-t-il comme juge d'appel des décisions du Conseil des prises ? Les décrets de 1834 et 1859 ont bien décidé que les décisions du Conseil des prises peuvent être déférées au Conseil d'Etat, soit par les parties intéressées, soit par le commissaire du gouvernement, mais ce droit qui n'appartient qu'au ministre en matière de contentieux administratif est ici exercé par le commissaire du gouvernement, et voilà bien un trait de juridiction gouvernementale !

Dans un sens général, ce qui caractérise une juridiction, c'est que la justice y est rendue en droit. Les tribunaux judiciaires et administratifs sont chargés

d'appliquer la loi dans les différends qui sont portés devant eux ; ils ont tous deux un organe supérieur chargé de dire le droit et qui devient le juge de droit commun : c'est la Cour de Cassation, c'est le Conseil d'Etat. Au contraire, avec le Conseil des prises, nous trouvons une juridiction fantaisiste et originale, qui statue non en droit, mais en équité. Ce Conseil a un pouvoir d'appréciation pour ainsi dire souverain. S'il juge que la prise est valable, il la laisse au capteur ; sinon, il ordonne qu'elle soit restituée à son propriétaire. Il peut même, s'il le juge bon, accorder des dommages-intérêts à la partie lésée. D'ailleurs, ce qui prouve une fois de plus que le Conseil des prises est une juridiction gouvernementale, c'est que, lors même qu'une décision a été rendue par lui, le gouvernement par l'intermédiaire du ministre peut, s'il le veut, prendre en considération des circonstances susceptibles de faire admettre des ménagements vis-à-vis des puissances neutres ou alliées. Et même, s'il le croyait opportun, il n'hésiterait pas, contrairement aux décisions du Conseil des prises, à ordonner le relâchement du navire capturé, alors que le tribunal se serait prononcé en faveur de la validité de la prise. Chaque fois qu'il y verra son intérêt, le gouvernement fera donc fléchir les règles du droit. Aussi peut-on dire que dans cette matière son pouvoir est presque discrétionnaire.

Ce n'est pas d'ailleurs du fond même de la juridiction que découle le caractère gouvernemental et politique de notre recours, mais aussi de sa procé-

dure. Nous allons nous en convaincre par quelques remarques.

Tout d'abord cette procédure lèse une des grandes règles de notre droit, *actor sequitur forum rei*. Le tribunal chargé de juger un différend, un litige, est toujours, tout au moins en principe, celui du défendeur. Ici, c'est le tribunal du demandeur qui va statuer. Peut-être objectera-t-on à ceci qu'il était difficile de donner au tribunal du défendeur le droit de juridiction. Cela est vrai, mais il est certain que si l'on n'avait eu pour but de favoriser le gouvernement du capteur, on aurait mieux organisé cette matière. Un tribunal neutre, chargé d'examiner les prises au point de vue juridique et de régler leur sort, eût été facile à instituer. On ne l'a pas voulu, et cela en vue de permettre au gouvernement l'exercice d'un pouvoir presque discrétionnaire, pour ne pas dire abusif.

Ce n'est pas, du reste, par ce seul point que la procédure des prises nous choque. Citons encore le fait que le juge des prises intervient d'office. Du moment qu'une capture a été faite en temps de guerre, d'office le Conseil des prises se réunira pour examiner s'il doit ou non la valider. Or, ceci est contraire à toutes les règles de procédure. S'agit-il d'un délit ? Un organe appelé « ministère public » introduit l'affaire devant le juge, à moins que ce ne soit la partie lésée elle-même. S'agit-il d'un litige entre particuliers ? Chacun a un représentant légal qui lui prêtera son ministère.

Enfin, on pourrait encore remarquer que l'organisation des prises telle que nous venons de l'exposer est nettement en opposition avec ce principe de droit que nul ne peut être juge et partie dans sa propre cause.

Les développements qui précèdent nous ont permis de nous rendre compte que la juridiction du Conseil des prises, soit en premier ressort, soit en appel, différerait totalement de la juridiction des tribunaux judiciaires et administratifs. Il est donc incontestable que c'est une juridiction proprement gouvernementale. Comment, alors, donner le caractère de justice déléguée à une juridiction où l'influence gouvernementale se manifeste d'une façon aussi nette et aussi précise ? A ce point de vue nous devons faire un rapprochement entre le conflit d'attribution et la juridiction des prises. De même que dans le conflit d'attribution, l'influence gouvernementale se traduit par la présence du ministre de la justice qui peut départager les juges du conflit, de même dans la juridiction des prises maritimes cette influence se fait sentir dans ce sens que la décision qui intervient émane directement du gouvernement. Qui dit juridiction gouvernementale dit justice retenue. La juridiction des prises maritimes est donc, et ce sera notre conclusion, un des vestiges de l'ancienne justice retenue.

CHAPITRE IV

LES VESTIGES DE LA JUSTICE RETENUE DANS L'ARTICLE 40 DU DÉCRET DU 22 JUILLET 1806

Le conflit d'attributions et la juridiction des prises maritimes nous ont fourni deux cas intéressants de justice retenue. Nous allons examiner dans ce chapitre un nouveau cas que nous procure l'article 40 du décret du 22 juillet 1806.

Le décret du 22 juillet 1806 envisageait les recours tendant à faire rapporter ou à réformer, par la voie administrative, les décrets rendus après délibération du Conseil d'Etat. Arrêtons-nous quelques instants sur ce texte qui a soulevé de nombreuses difficultés. Il est ainsi conçu :

« Lorsqu'une partie se croira lésée dans ses droits ou dans sa propriété par une décision de notre Conseil d'Etat, rendue en matière non contentieuse, elle pourra nous présenter une requête pour, sur le rapport qui nous en sera fait de l'affaire, être renvoyée, s'il y a lieu, soit à une section du Conseil d'Etat, soit à une Commission. »

La première question que se sont posée les auteurs de droit administratif a été de savoir si ce texte était encore en vigueur, s'il était possible d'en concilier les dispositions avec les principes actuels du Conten-

tieux administratif, ou si l'on ne devait pas, au contraire, le considérer comme dénué de toute application depuis que le droit administratif admet que l'atteinte portée à un droit ouvre à la partie lésée un recours contentieux et non une simple réclamation par la voie administrative.

Demandons-nous, pour nous former une opinion à ce sujet quelles furent les origines de l'article 440 et comment la jurisprudence administrative a interprété, à l'origine, ce texte. L'histoire nous enseigne que, de l'an VIII à 1806, alors que la Commission du Contentieux n'était pas encore organisée, il n'existait aucune espèce de recours contre les décisions administratives ou contentieuses rendues en Conseil d'Etat. La Commission du Conseil d'Etat, qui avait reçu mission de préparer un décret de procédure, celui-là même qui devait devenir le décret du 22 juillet 1806, fut d'avis d'instituer un recours contentieux contre les décisions administratives délibérées en Conseil d'Etat. Le texte qu'elle présentait était ainsi conçu :

« Lorsqu'une partie se trouve lésée dans ses droits ou dans sa propriété par l'effet d'une décision de notre Conseil d'Etat rendue en matière non contentieuse, elle pourra présenter une requête qui sera déposée, avec les pièces, au Secrétariat du Conseil. Il en sera donné connaissance, par un auditeur, au Ministre du département que l'affaire concerne, et si la Commission du Contentieux estime qu'il y a lieu

de recevoir la réclamation, elle fera son rapport au Conseil, qui statuera. »

Cette première rédaction ne fut pas adoptée et l'article fut remanié ; le recours que le premier projet avait prévu contentieux devint un recours administratif soumis d'abord à l'appréciation du Gouvernement, puis après renvoi, à l'examen d'une section ou d'une Commission spéciale, et ensuite de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat. L'intervention de la Commission du Contentieux était donc définitivement écartée. Nous devons même faire remarquer ici en passant que ce remaniement de l'article 40 explique la place importante qu'il occupe dans le paragraphe du décret de 1806, relatif à la tierce opposition. Dans le premier projet, cette place était justifiée, car ce que la Commission proposait n'était pas, en réalité, autre chose qu'une véritable tierce opposition contentieuse à des décisions administratives. En substituant un recours administratif à un recours contentieux, on a transformé le système, sans déplacer l'article.

La formation de l'article 40 du décret du 22 juillet 1806 étant ainsi expliqué, recherchons comment la jurisprudence l'interpréta dans les premières années.

L'article 40 fut envisagé comme excluant tout recours contentieux. Seul fut admis le recours gouvernemental consacré par ce texte contre les décrets rendus après avis du Conseil d'Etat, alors même qu'ils auraient pu violer des droits des particuliers. A cette époque, on n'admettait pas que le Conseil d'Etat eût

en sa qualité de juridiction administrative le pouvoir de prononcer l'annulation ou la réformation des actes auxquels il avait participé en qualité de Conseil du Gouvernement. Par application de cette doctrine, plusieurs arrêts du Conseil d'Etat décidèrent que le recours de l'article 40 était le seul que l'on pût former contre des décrets rendus après avis du Conseil d'Etat et qu'il excluait toute réclamation par la voie contentieuse. Citons entre autres arrêts dans ce sens celui du 11 mai 1807, dans l'affaire Demazures ; celui du 22 février 1821, dans l'affaire Buffaut. La jurisprudence reconnaissait de même qu'aucun recours par la voie contentieuse ne pouvait être formé soit contre la décision du Garde des Sceaux, refusant de donner suite à la requête et d'en saisir une Commission (arrêt du 17 décembre 1823, affaire Vandenberghe), soit contre la décision du Conseil d'Etat rendu sur le rapport de la Commission (arrêt du 15 février 1823, affaire Truffaut).

Toutes ces solutions étaient conformes à l'esprit de la législation de 1806, qui n'admettait pas que le Conseil d'Etat pût annuler ou réformer comme juridiction contentieuse une décision à laquelle il avait concouru comme Conseil du Gouvernement. Mais la jurisprudence du Conseil d'Etat ne devait pas stationner, elle devait évoluer de la tendance gouvernementale au recours contentieux. Ceci se produisit quand l'organisation du Conseil d'Etat au Contentieux devint distincte et que la procédure conten-

tieuse se sépara de la procédure administrative. La jurisprudence se montra alors plus libérale et admit que le recours contentieux était recevable contre des décisions ministérielles et même contre des ordonnances rendues en Conseil d'Etat. Cette nouvelle jurisprudence fut consacrée par l'article 3 de l'ordonnance du 12 mai 1831, qui prévoit des recours contentieux formés contre des décisions délibérées par un des Comités du Conseil d'Etat, et décide que les membres de ce Comité ne doivent pas participer au jugement de l'affaire. L'existence des recours contentieux contre les décrets délibérés en Conseil d'Etat est définitivement reconnue du moment que ces décisions aboutissent à la violation d'un droit.

Bien que le recours contentieux fût reconnu recevable, le recours de l'article 40 n'a pas cessé d'être pratiqué, et cela bien après que la justice retenue fût devenue justice déléguée. Et ce fut avec raison, car il permettait d'obtenir la réformation d'une décision erronée, tandis que ce recours contentieux n'aurait pu aboutir qu'à l'annulation d'une décision illégale. Le cas se produira fréquemment. Le Gouvernement consulté pourra parfois tenir compte de réclamations qui ne seraient pas basées sur la violation d'un droit, mais lésaient gravement un intérêt respectable. Nous pouvons citer dans ce sens le cas de l'inventeur d'une mine à qui le décret de concessionnaire aurait refusé une indemnité, faute de renseignements suffisants sur la valeur de ces recherches ;

et le cas où des tiers restés étrangers à l'instruction qu'on aurait omis de comprendre dans un décret de répartition des eaux entre l'agriculture et l'industrie, le cas des riverains d'un cours d'eau non navigable administrative qui a précédé le décret, seraient lésés par quelque-une de ses dispositions.

Notons cependant que les décrets rendus en vertu de l'article 40 pendant la période moderne ont été plutôt rares. Cependant nous citerons l'arrêt du Conseil d'Etat du 21 juin 1864. Le requérant, le marquis de Graves, avait déféré, en vertu de l'article 40 du décret du 22 juillet 1806, un décret du 22 avril 1856. Son recours fut rejeté par un décret rendu sur avis de la section des travaux publics. Ce décret du 22 avril 1856 autorisait la ville de Montpellier à prendre dans la source du Lez un volume d'eau égal à 25 litres par seconde, et le marquis de Graves invoquait contre cet acte toute une série de griefs, prétendant qu'il avait été illégalement rendu, et que c'est à tort que lui, propriétaire, avait été dépossédé d'une partie des eaux de la source du Lez. Le Conseil d'Etat repoussa le recours qui lui était déféré comme non fondé :

« Considérant, disait-il, qu'il résulte de l'article 40 du décret du 22 juillet 1806 que la voie exceptionnelle de recours établi par ledit article n'est ouverte aux parties qui se trouvent lésées dans leur droit ou leurs propriétés, que contre les décisions qui ne sont pas susceptibles de recours par la voie conten-

tieuse et que le décret de 1866 était susceptible d'un recours contentieux ; que dès lors le recours par la voie du décret de 1806 n'est pas recevable ; que d'ailleurs un décret rendu au contentieux est déjà intervenu sur requête du marquis de Graves, le 8 mai 1856, et qu'il ne saurait demander que l'on revienne sur un décret déjà rendu par la voie contentieuse, etc., etc., rejette. »

Faisons cependant remarquer qu'il ne faut pas considérer l'article 40 du décret de 1806 comme inconciliable avec le recours contentieux ou comme faisant double emploi avec lui.

En 1878, le Conseil d'Etat fut consulté sur la question de savoir si l'article 40 du décret de 1806 était encore en vigueur. Par un avis de toutes les sections réunies de l'intérieur et du Contentieux, il répondit par l'affirmative. Le but que poursuivait le Conseil d'Etat dans cet avis était de permettre aux tiers, lorsqu'ils ne pouvaient faire réformer par la voie contentieuse des décrets rendus en Conseil d'Etat, qui leur paraîtraient léser leurs droits ou leurs propriétés, d'user de l'article 40 du décret de 1806, ce dernier texte leur donnant une voie régulière pour obtenir la déformation de l'acte incriminé. Il n'est pas d'ailleurs impossible qu'il se présente des cas ou un particulier soit lésé sans pouvoir se servir d'un recours contentieux (1).

D'autre part, l'article 40 n'ouvre pas un recours

(1) LAFERRIÈRE. — Juridiction administrative

dans le sens juridique du mot, tel que le recours contentieux saisissant une juridiction qui est tenue de statuer et dont la décision s'impose à tous avec l'autorité de la chose jugée. Il autorise seulement à présenter une requête qui provoque plus énergiquement qu'une pétition ordinaire l'examen des dépositaires du pouvoir, mais le Chef de l'Etat reste libre de ne donner aucune suite à cette requête.

L'avis du 4 juin 1878 ajoutait que la commission prévue par l'article 40 devrait être formée au sein du Conseil d'Etat. Elle n'aurait pas un pouvoir propre de décision mais se bornerait à donner des avis. Pour que le décret attaqué fût révisé, il fallait un nouveau décret proposé et contresigné par le même Ministre que le décret primitif. Et il ajoutait que si le nouveau décret portait atteinte à la loi ou à des droits acquis, l'article 40 ne s'opposait pas à ce qu'il fût attaqué par la voie contentieuse.

Tout cet exposé historique et juridique de l'article 40 du décret du 22 juillet 1806 peut nous amener dès maintenant à dégager tout d'abord une première conclusion, à savoir que, dans le domaine administratif, l'article 40 continue à figurer parmi les recours par la voie administrative, que le Conseil d'Etat ne connaît que comme corps consultatif. Il a également un caractère spécial que nous ne trouvons dans aucun recours : c'est qu'il aboutit non seulement à l'annulation, mais encore à la réformation plus ou moins complète de l'acte incriminé.

La seconde conclusion que nous pouvons en tirer est que l'article 30 du décret du 22 juillet 1806 apparaît dans le contentieux administratif moderne comme une des manifestations les plus curieuses de l'ancienne justice retenue. Son caractère gouvernemental est évident et il est inutile d'y insister. L'exposé que nous en avons fait prouve suffisamment qu'il ne présente en aucune façon les caractères de la justice déléguée. Efforçons-nous, en terminant, de montrer, par quelques traits, en quoi et comment il représente dans notre ancienne juridiction l'ancienne justice retenue.

C'est tout d'abord sa procédure qui est tout à fait gouvernementale. L'action s'engage par une requête adressée au Chef de l'Etat. Toute requête dans une justice déléguée s'adresse à un magistrat ou à un tribunal, et ici c'est au Chef même du pouvoir exécutif que le particulier s'adresse. Le pouvoir exécutif va donc se trouver à la fois juge et partie, puisque c'est de lui que découle l'acte administratif incriminé, juge, puisqu'il va pouvoir accueillir ou repousser la requête à lui adressée. Il a sur ce point un pouvoir très vaste.

Autre point. Le décret attaqué ne pourra être révisé que par un autre décret rendu sur l'avis d'une section du Conseil d'Etat ou d'une commission de membres pris au sein de ce Conseil. Mais malgré l'avis que pourra donner cette section ou commission, le Chef de l'Etat aura le droit de ne pas modifier sa décision ; il est, en cette matière, juge et maître.

La procédure de l'article 40 du décret du 22 juil-

let 1806 n'est pas seule à nous frapper par son caractère gouvernemental ; les diverses applications auxquelles il a donné naissance complètent, d'une façon encore plus manifeste, notre précédente démonstration.

Le recours de l'article 40 peut s'appliquer à tous les actes susceptibles de causer un tort quelconque à l'individu. S'agit-il de la violation d'un droit ou de la lésion d'un intérêt, du moment que l'acte visé n'est pas susceptible d'un recours contentieux, l'article 40 s'appliquera. Quant aux cas où le recours contentieux ne pourrait jouer, ils sont assez nombreux ; citons, par exemple, l'hypothèse où les délais de ce recours seront expirés ou bien où l'acte, par sa nature gouvernementale, excluera un recours de cette sorte.

Pour ce qui est des résultats pratiques de l'article 30 du décret du 22 juillet 1806, ils découlent de l'excessive liberté accordée au Chef de l'Etat. Ce dernier a pour ainsi dire un pouvoir absolu. Libre de rejeter purement et simplement la requête, il a également le droit d'annuler l'acte complètement et même de le réformer.

Conclure en disant que l'article 40 du décret du 22 juillet 1806 n'est pas un des cas les plus évidents de justice retenue que l'on trouve dans notre Droit administratif serait, il nous semble, une grave erreur.

En soutenant le contraire, nous nous rangeons respectueusement à l'avis de M. Jacquelin qui fut un des premiers à signaler que ce texte fournit un cas manifeste de justice retenue.

CHAPITRE V

LES VESTIGES DE LA JUSTICE RETENUE D'APRÈS L'ÉTUDE DE CERTAINS RECOURS ADMINISTRATIFS

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

Nous nous proposons d'étudier, dans ce chapitre, certains recours dans l'exercice desquels il nous paraît exister encore une trace évidente de justice retenue. Nous les dénommerons de suite : recours en annulation par la voie administrative.

Les recours contentieux s'exercent au moyen d'une procédure déterminée devant le Conseil d'Etat constitué en tribunal et provoquent une décision qui est un acte de juridiction. Le caractère contentieux qui leur est propre nous oblige à les distinguer d'autres recours qui, eux aussi, ont pour but de faire annuler certains actes administratifs illégaux. Mais à la différence du recours contentieux, ils sont portés devant le Gouvernement en Conseil d'Etat et provoquent une annulation administrative, non une annulation contentieuse. Le Conseil d'Etat les connaît comme corps consultatif délibérant sur des projets de décrets et non comme cour souveraine statuant par arrêts.

Ce sont des recours gouvernementaux. Ne devons-nous pas nous étonner de la persistance dans notre

Droit administratif de pareils recours ? D'où vient-il que la loi de 1872, qui a réorganisé sur des bases nouvelles la juridiction contentieuse et la justice déléguée, laisse subsister une juridiction gouvernementale et, par le fait même, une justice retenue ? Efforçons-nous, pour répondre à ces questions, de dégager les caractères essentiels de ces recours.

SECTION I

Recours tendant à l'annulation d'une décision du Conseil général

Nous aurions pu, au début de ce chapitre, étudier le recours pour abus, les actes entachés d'abus étant annulés par le Gouvernement en Conseil d'Etat, mais nous avons déjà traité cette question et nous n'y reviendrons pas.

Les Préfets peuvent recourir au Conseil d'Etat pour obtenir l'annulation des délibérations du Conseil général. La loi du 10 août 1871 leur donne ce droit dans deux articles.

C'est d'abord l'article 33 qui s'exprime ainsi : « Tout acte et toute délibération d'un Conseil général, relatifs à des objets qui ne sont pas légalement compris dans ses attributions, sont nuls et de nul effet. » Cette nullité est prononcée par un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique.

C'est ensuite l'article 47 ainsi conçu : « Les délibérations par lesquelles les Conseils généraux statuent

définitivement sont exécutoires si, dans le délai de vingt jours à partir de la session, le Préfet n'en a pas demandé l'annulation pour excès de pouvoir ou pour violation d'une disposition de la loi ou d'un règlement d'administration publique.

Ces deux articles nous offrent chacun des particularités curieuses. Nous allons les examiner successivement.

Dans le recours de l'article 47, le Préfet peut, vingt jours après la délibération finale de la session du Conseil général, se pourvoir contre cette délibération. L'annulation de la décision attaquée sera prononcée par un décret rendu en forme de règlement d'administration publique.

Quelle est la nature de ce recours ? Est-il purement administratif et gouvernemental, comme le croient la majorité des auteurs administratifs, ou peut-on, comme nous allons nous efforcer de le démontrer, soutenir que c'est un recours contentieux dominé par une influence gouvernementale et prépondérante qui nous le fait classer comme un vestige de justice retenue.

La question étant ainsi posée, examinons d'abord quelles sont les raisons qui peuvent le faire concevoir comme un recours purement gouvernemental. Tout d'abord, c'est un recours administratif personnel au Préfet, qui n'est pas ouvert aux particuliers comme le recours contentieux... En principe, le Conseil général n'est pas admis à défendre sa délibéra-

tion attaquée, aucune instance n'est engagée et il n'y a pas ici lieu de faire application des articles 46 et 54 de la loi du 10 août 1871. Ni le Conseil général, ni la commission départementale n'ont à déléguer un de leurs membres pour suivre un litige qui n'existe pas. D'autre part, il est incontestable qu'aucune présomption légale n'impose au Préfet l'obligation de motiver son recours. Enfin, le décret d'annulation doit être rendu en la forme des règlements d'administration, c'est-à-dire après l'avis de l'assemblée générale du Conseil d'Etat.

L'annulation ainsi intervenue paraît donc être une annulation gouvernementale, et le Conseil d'Etat se trouve saisi du recours comme corps consultatif délibérant sur des projets de décrets, et non comme cour souveraine statuant par arrêt.

Voilà évidemment de nombreux arguments en faveur de l'hypothèse gouvernementale. Pouvons-nous cependant arriver à démontrer le caractère contentieux de ce recours, tout en ne méconnaissant pas le caractère administratif dont il est imprégné ?

Il est admis que seul le Préfet peut élever un recours contre les délibérations du Conseil général, mais il est dans l'esprit de la loi que ce recours soit motivé et les motifs invoqués sont tirés soit d'un excès de pouvoir, soit de la violation de la loi ou d'un règlement d'administration publique. Reconnaissons cependant que comme rien n'oblige le Préfet à motiver son recours, ce premier argument n'est pas péremp-

toire. Ce qui nous porte davantage à découvrir dans ce recours un caractère contentieux, c'est que la loi a tracé pour sa recevabilité certaines règles qui sont presque analogues à celles de la procédure contentieuse, notamment en matière de délais et de signification. Sous peine de déchéance, le Préfet devra introduire sa demande en annulation dans un délai de vingt jours, dont le point de départ ne sera pas celui du jour où a été prise la délibération attaquée, mais celui de la clôture de la session. Il devra également, dans ce même délai, transmettre au Ministre les délibérations dont la légalité lui paraîtrait discutable.

En outre, le Préfet devra notifier son recours au président du Conseil général et de la commission départementale. C'est là une formalité essentielle qui s'effectuera, non pas aux bureaux où siègent ces assemblées, mais au domicile respectif des deux présidents.

Enfin, nous disions précédemment qu'aucune instance n'était ouverte, mais encore ceci n'est-il vrai qu'en partie, car le Conseil général par lui-même ou par l'organe de son président peut formuler des observations en faveur de la décision attaquée.

L'article 47 prévoit trois causes d'annulation : l'excès de pouvoir, la violation de la loi ou d'un règlement d'administration publique.

L'excès de pouvoir dont il s'agit ne sera-t-il pas

le même que celui qui donne ouverture à un recours contentieux devant le Conseil d'Etat ? Les débats auxquels a donné lieu le vote de l'article 47 sont muets à cet égard. On peut se prononcer en principe pour l'affirmative. Cependant, il ne faudrait pas, croyons-nous, étendre cette solution à l'incompétence et au détournement de pouvoir, le Conseil d'Etat ayant refusé d'annuler une délibération prise par le Conseil général en une matière sur laquelle il n'avait pas le droit de statuer définitivement. (Conseil d'Etat, 10 juin 1868.)

Jusqu'ici, nous avons présenté le recours en annulation des délibérations du Conseil général comme à la fois gouvernemental et contentieux, mais il reste un point qui paraît décisif en faveur du recours contentieux : c'est celui du pourvoi.

Le Conseil général a le droit de se pourvoir, en vertu des principes généraux, contre le décret qui a annulé sa délibération si ce décret lui paraît entaché d'excès de pouvoir. Ce recours sera jugé par le Conseil d'Etat, et le Conseil général suivra la procédure qui est commune à toute partie qui se pourvoit pour excès de pouvoir. Il observera les formalités que prescrit la loi de 1871 relativement aux instances judiciaires qu'il devra engager. Le Préfet ne pouvant plus le représenter, l'article 51 de la loi prévoit la nomination d'un délégué pour le remplacer dans l'instance.

Le Conseil général peut donc se pourvoir au Conseil d'Etat par le moyen du recours pour excès de pouvoir. Mais ce recours pour excès de pouvoir ne forme-t-il pas le contentieux de l'annulation, et si le recours contre les délibérations du Conseil général est susceptible d'être annulé par un recours contentieux, quelle conclusion ne devons-nous pas en tirer, sinon que le recours de l'article 47, en apparence gouvernemental, peut être classé parmi les recours contentieux ? Le caractère contentieux du recours sera cependant, nous en convenons, très restreint, car il est évident que l'influence gouvernementale et administrative se fera très lourdement sentir par l'intermédiaire du Préfet et du Ministre. Aussi n'hésitons pas à reconnaître dans ce recours une trace bien marquée et bien nette de la justice retenue de l'ancien régime (1).

Pouvons-nous faire les mêmes observations au sujet de l'article 33 de la loi du 10 août 1871 ?

Les remarques que nous allons présenter au sujet de ce texte différeront de celles que nous avons faites

(1) C'est également l'opinion de M. Hauriou. Toutefois le savant professeur de la Faculté de droit de Toulouse voit dans notre hypothèse un cas de recours quasi contentieux. Voici comment il s'exprime à ce sujet : « Le premier de ces recours (le recours du Préfet contre les délibérations des Conseils généraux dites définitives, organisé par l'article 47 de la loi du 10 août 1871) est le plus intéressant. Sans doute, il est porté devant l'assemblée générale du Conseil d'Etat, formation purement administrative, et non pas devant une section ou une assemblée du Contentieux (Décret du 2 août 1879, article 7, numéro 8) ; sans doute il ne donne lieu ni à constitution d'avoué, ni à débat oral et il aboutit à un décret rendu en Conseil d'Etat, mais, aux termes de l'article 47, il doit être notifié au Président du Conseil général et à celui de la Commission départemen-

à propos de l'article 47 sur certains points. D'après cet article, tout acte et toute délibération d'un Conseil général relatifs à des objets qui ne sont légalement compris dans ses attributions sont nuls et de nul effet, la nullité étant prononcée par un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique.

Il s'agit ici de déterminer si le Conseil général a empiété sur les pouvoirs d'une autre autorité et s'est arrogé une juridiction sur des personnes ou des objets soustraits à son examen. Si oui, de même que dans l'article 47, le Préfet pourra former devant le Conseil d'Etat un recours contre la délibération intervenue. Mais ici les causes de ce recours ne sont plus basées comme dans l'article 47 sur l'excès de pouvoir, la violation de la loi ou d'un règlement d'administration publique. Elles sont différentes et nous allons en faire une brève énumération.

Pourra être attaquée la violation par le Conseil général de la loi qui interdit à cette assemblée les vœux politiques et lui fait défense d'approuver ou de désapprouver les actes politiques du Gouvernement et du Parlement.

tale, et c'est seulement l'accusé de réception de cette notification qui fait courir le délai de deux mois dans lequel le décret doit intervenir (Conseil d'Etat, 6 juillet 1888, Lisbonne) ; de plus, l'accusé de réception est visé dans le décret (Décret du 9 novembre 1903). (Conseil général de l'Aveyron, deux espèces : *Revue générale d'administration*, 1903, III, p. 430 et 433.) Cette notification du recours qui appelle également communication de pièces de la part du Conseil général, est un commencement bien humble du débat contradictoire, mais, enfin, c'est un commencement. » (HAURIOU. — *Recueil de la Société de Législation de Toulouse*, 1905, p. 20.)

De même devront être annulées les délibérations du Conseil général qui blâmeraient l'autorité administrative réservée au Préfet ou qui empièteraient sur ses pouvoirs ou tendraient à substituer la propre autorité de cette assemblée à celle de ce fonctionnaire.

Nous ne voulons pas entrer ici dans le détail de ces divers cas. Ce que nous cherchons, c'est seulement à indiquer l'esprit général qui motiverait un recours en vertu de l'article 33.

Quelle est maintenant la nature de ce recours ? Est-il administratif, ou est-il contentieux ?

Ici, nous ferons les mêmes observations qu'au sujet de l'article 47. Toutes les règles signalées précédemment se retrouvent. Le recours est de même nature et porté devant la même assemblée. Les notifications aux présidents des assemblées départementales doivent également se faire et le Conseil général a également le droit de présenter ses observations.

En ce qui concerne le recours du Conseil général contre le décret rendu en assemblée générale par le Conseil d'Etat, il est incontestablement un recours contentieux. Toutes les observations que nous avons présentées au sujet de l'article 47 s'appliquent à l'article 33 et notre conclusion sera la même. Comme le recours de l'article 33, le recours de l'article 47 est contentieux, mais très profondément imprégné d'esprit administratif et gouvernemental.

SECTION II

Récours formé en vertu de l'article 13 de la loi du 21 Juin 1865 contre l'arrêté du préfet créant des associations syndicales autorisées en dehors des cas prévus par la loi.

Les travaux d'amélioration agricole ont, de tout temps, exigé des ressources très grandes. Les efforts isolés seraient impuissants lorsqu'il s'agit de défendre contre la mer et le débordement des rivières, des territoires menacés d'inondation, d'améliorer, de curer et de régulariser des cours d'eau. Le succès de telles entreprises ne peut être assuré que par des efforts combinés et en faisant appel à l'esprit d'association.

Avant 1865, les dispositions qui régissaient ces associations étaient éparses, manquaient d'harmonie et présentaient de multiples lacunes. La formation de ces associations nécessitait antérieurement au décret de décentralisation de 1852, l'intervention de l'autorité centrale. A partir de ce décret, ce furent les Préfets qui désormais statuèrent lorsque les propriétaires étaient d'accord. Parmi ces associations, les unes étaient autorisées, d'autres ne l'étaient pas, et la Cour de Cassation refusait à ces dernières le droit d'être représentées en justice. Enfin, les règles de compétence n'étaient pas nettement déterminées. Il fallait remédier à une situation aussi défectueuse. Ce fut l'œuvre de la loi du 21 juin 1865. Nous n'avons pas

l'intention d'en faire l'étude. Notons seulement en passant que ce fut elle qui dota de la personnalité morale ces diverses associations qui n'auront plus besoin désormais d'une autorisation pour ester en justice et faire tous les actes de leur vie civile. Cette loi facilitait en même temps leur constitution et donnait au Préfet de nouveaux pouvoirs bien plus étendus qu'en 1855. A cette époque, le Préfet ne pouvait constituer l'association syndicale qu'avec le consentement unanime des propriétaires ; à défaut de cette unanimité, un décret était nécessaire. La loi de 1865 lui a attribué des pouvoirs plus grands et lui a permis de vaincre les résistances contraires aux intérêts du plus grand nombre, alors toutefois qu'il s'agit de travaux obligatoires, c'est-à-dire présentant un intérêt de conservation et de défense.

C'est au sujet de ces pouvoirs très étendus que se sont élevées les difficultés qui vont nous occuper sur l'article 13 dont nous allons essayer de donner un bref aperçu. Remarquons auparavant que lorsqu'il s'agit de travaux ayant pour but l'amélioration des propriétés, des syndicats peuvent être également constitués par arrêté du Préfet, mais dans ce cas ils ne doivent comprendre que les propriétaires adhérents.

L'article 13 de la loi de 1865 est ainsi conçu : « Les propriétaires intéressés et les tiers peuvent déférer l'arrêté préfectoral au Ministre des Travaux publics, dans le délai d'un mois, à partir de l'affiche.

« Le recours est déposé à la Préfecture, et transmis, avec le dossier, au Ministre, dans le délai de quinze jours. »

Il est statué par le Ministre après avis de la section des travaux publics du Conseil d'Etat.

L'article 13 prévoit donc la possibilité de recours par les propriétaires intéressés contre les arrêtés préfectoraux qui créent une association autorisée en dehors des cas où cette forme de syndicat est prévue par la loi.

La disposition de ce texte nous met en présence d'un recours à tel point gouvernemental que son application à l'époque moderne nous le fait envisager comme un vestige de la justice retenue. Nous allons essayer de le démontrer en analysant les caractères de ce recours.

On s'est demandé si cet article 13, rédigé à une époque où les décisions contentieuses du Conseil d'Etat étaient rendues en forme de décrets, prévoyait un recours par la voie contentieuse ou par la voie administrative ? Bien que certaines règles relatives aux délais et aux garanties des intéressés aient été édictées par ce texte, nous devons reconnaître en lui un recours purement administratif et gouvernemental. Ce n'est pas, en effet, un recours contentieux, car le Ministre statue et son décret est rendu en assemblée générale du Conseil d'Etat. Ce n'est pas davantage un recours pour excès de pouvoir. Le préfet n'a pas

outrépassé ses pouvoirs; il s'en est servi d'une manière illégale en autorisant des associations alors qu'il n'avait pas le droit de le faire. C'est donc un recours en annulation fondé sur l'illégalité d'un acte administratif.

La jurisprudence du Conseil d'Etat a, d'ailleurs, opiné en ce sens. Citons les décrets des 11 janvier 1873, Canal de Crest ; 23 juin 1881, Syndicat de Meelkon ; 8 juillet 1886, Marais de Sabarèges.

Le recours de l'article 13 de la loi de 1865 est donc porté devant le gouvernement en Conseil d'Etat, et le Conseil d'Etat en connaît comme corps consultatif statuant sur des projets de décret et non comme cour souveraine décidant par arrêt. C'est donc ici l'ancien Conseil d'Etat que nous retrouvons statuant comme représentant du gouvernement et non comme juge administratif de droit commun investi d'un pouvoir de juridiction propre et souverain. Nous ne sommes en présence ni d'une justice déléguée, ni d'un recours contentieux.

Ce recours de l'article 13, sur lequel le Conseil d'Etat est encore souvent appelé à statuer, nous paraît un vestige de l'ancienne législation. Pour que le Conseil d'Etat eût pu statuer avec les pouvoirs propres à toute juridiction déléguée, et que le recours fût contentieux, il eût fallu qu'il jugeât en toute indépendance, ce qui n'est pas le cas. En résumé, ce recours, sur lequel le Conseil d'Etat statue avec le concours

du gouvernement, où en réalité le gouvernement tranche un litige pour lequel la loi de 1863 lui donne une réelle compétence, nous apparaît comme une anomalie, comme un vestige de l'ancienne justice retenue.

SECTION III

Les vestiges de la justice retenue dans les recours formés contre les décisions des Conseils de Préfecture en matière d'autorisation de plaider.

Le principe de la nécessité pour les communes de l'autorisation de plaider antérieur à 1789, et consacré par la législation de 1789 à 1837, fut nettement posé par les articles 49 et 52 de la loi du 18 juillet 1837. Il était ainsi conçu : « Nulle commune ou section de commune ne peut introduire une action en justice sans être autorisée par le Conseil de Préfecture (1). » L'autorisation était nécessaire pour toute demande introductive d'instance.

Le maire seul avait pouvoir, au nom de la commune, de former la demande en autorisation de plaider.

Article 52 : « La délibération du Conseil municipal sera, dans tous les cas, transmise au Conseil de Préfecture qui décidera si la Commune doit être autorisée à ester en jugement. La décision du Conseil de Préfec-

(1) Cette disposition figurait également dans la loi du 5 avril 1884, article 121 : « Nulle commune ou section de commune ne peut ester en justice sans y être autorisée par le Conseil de préfecture, sauf les cas prévus aux articles 122 et 154 de la présente loi. »

ture devra être rendue dans le délai de deux mois, à partir de la date du récépissé énoncé en l'article précédent. »

L'autorisation devait être donnée par le Conseil de Préfecture, sauf le recours au Conseil d'Etat. Le préfet ne pouvait refuser à une commune de soumettre à ce Conseil la demande qu'elle formait en vue d'introduire une instance. Le Conseil de Préfecture devait se prononcer sur toute demande de cette nature, mais avait le droit de refuser l'autorisation sollicitée; dans ce dernier cas, sa décision de rejet devait être motivée.

C'est ici que nous touchons au point qui intéresse notre sujet. Les communes pouvaient-elles se pourvoir contre la décision du Conseil de Préfecture leur refusant l'autorisation de plaider ? La réponse à cette question dépend de la nature qu'il faut assigner à ce recours. Nous ne ferons d'ailleurs qu'indiquer la difficulté, car une loi du 8 janvier 1905 a supprimé au profit des communes cette formalité et ne l'admet plus qu'à titre exceptionnel.

La loi prévoyait un recours pour les communes devant le Conseil d'Etat. L'article 53 portait : « En cas de refus de l'autorisation, le maire pourra, en vertu d'une délibération du Conseil municipal, se pourvoir devant le roi en son Conseil d'Etat, conformément à l'article 50 ci-dessus. » D'ailleurs, seule la commune pouvait exercer ce recours qui était

interdit aux tiers qui auraient pu cependant y avoir intérêt.

Ce recours était-il contentieux ou administratif ? Nous estimons qu'il n'était pas contentieux. C'est également l'opinion de M. Batbie dans son *Précis de Droit Public et Administratif* (1885, page 886). « Si, dit-il, le Conseil de Préfecture refuse d'autoriser la commune, le maire a le droit de se pourvoir en autorisation devant le Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat juge *administrativement* le recours, ce qui signifie que le ministère des avocats au Conseil d'Etat n'est pas exigé et que le pourvoi doit être examiné par une autre section que la section du contentieux. Ces affaires, en effet, sont soumises à la section de l'Intérieur, de la Justice, de l'Instruction publique, des Cultes et des Beaux-Arts. »

En effet, l'article 50 de la loi du 18 juillet 1837 nous dit que la Commission pouvait se pourvoir devant le roi en Conseil d'Etat, et que le pourvoi était introduit et jugé en la forme administrative. L'ordonnance du 12 mars 1831 avait disposé qu'une ordonnance du 2 février précédent relative au mode de décision des affaires contentieuses portées devant le Conseil d'Etat n'était point applicable aux autorisations de plaider demandées par les communes ou établissements publics, et la loi de 1837 avait maintenu ces dispositions. D'ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que nous étions, en 1837, en pleine période de

justice retenue, et que le roi statuait encore en son Conseil d'Etat. Il n'était point question de justice déléguée. Ce qui peut nous surprendre davantage, c'est que, dans la loi du 24 mai 1872, ce recours contre les décisions du Conseil de Préfecture ne soit pas devenu un recours contentieux. Il est resté un recours administratif, le Conseil d'Etat statuant en assemblée générale, et nous pouvons faire à son sujet les mêmes observations que nous faisions précédemment au sujet de l'article 13 de la loi de 1865 sur les associations syndicales.

Nous sommes donc bien en présence d'un cas de justice retenue. D'ailleurs, la loi de 1905 a enlevé à ce recours la plus grande part de son intérêt. Désormais, les communes n'ont plus besoin de s'adresser, pour plaider, au Conseil de Préfecture. Mais la question reste entière en ce qui concerne l'hypothèse de l'article 123 de la loi du 3 avril 1884. En vertu de ce texte, tout contribuable inscrit au rôle de la commune a le droit d'exercer à ses frais et risques, avec l'autorisation du Conseil de Préfecture, les actions qu'il croit appartenir à la commune ou section de commune et que celle-ci, préalablement appelée à en délibérer, a refusé ou négligé d'exercer.

Le contribuable qui veut user de cette faculté adresse un mémoire au Conseil de Préfecture. Ce mémoire est transmis par le préfet au maire et soumis par celui-ci au Conseil municipal. Le Conseil de Pré-

fecture doit statuer dans les deux mois et dans le cas de silence ou refus de sa part, le contribuable a le droit de se pourvoir devant le Conseil d'Etat.

On s'est demandé si ce recours, qui doit être exercé dans le délai d'un mois, est ou non un recours contentieux. Nous ne pouvons, sur cette question, que nous ranger à l'avis de M. Berthélémy. Voici comment s'exprime à ce sujet le savant professeur de la Faculté de Paris : « Il ne s'agit pas ici d'un recours contentieux, mais d'un pourvoi « en la forme administrative. » Il n'est pas examiné par la section du contentieux et résolu par un arrêté ; il est soumis à la section de l'Intérieur et aboutit à un décret. On interprétait ainsi l'article 126 de la loi municipale, aujourd'hui abrogé. On a voulu maintenir la règle ancienne ; c'est ce qu'on a exprimé par ces mots : « Le pourvoi est introduit et jugé selon la forme administrative (1). »

(1) BERTHÉLÉMY. — *Traité élémentaire de Droit administratif*, 1908, p. 539, note 1.

CONCLUSION

La conclusion qu'il faut tirer de l'étude que nous venons de faire ne saurait être douteuse. Si le système de la justice retenue a été condamné par la loi du 24 mai 1872 qui, reprenant les traditions de la seconde République, a donné au Conseil d'Etat un pouvoir propre de décision en matière de contentieux administratif, il n'en est pas moins vrai qu'il en subsiste à l'heure actuelle, dans notre Droit positif, des vestiges importants.

Ces vestiges, nous les avons énumérés, et sans entrer à propos de chacun des cas que nous avons examinés dans des développements détaillés qui ne nous paraissent pas indispensables, nous avons cherché à démontrer par l'analyse même de leurs caractères que nous nous trouvions bien en présence d'hypothèses de justice retenue.

Un tel résultat n'est-il pas en contradiction formelle avec les principes qui ont été proclamés par la Décla-

ration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 ?

Reprenant la thèse de Montesquieu, cette déclaration avait solennellement affirmé que la séparation des pouvoirs était la seule garantie possible de la liberté, et réclamait dans l'Etat l'existence de trois groupes d'organes chargés exclusivement l'un de légiférer, l'autre d'exécuter les décisions du législateur, le troisième de juger les différends de tous ordres. De cette conception, il résultait que les tribunaux judiciaires devaient être juges de tous les litiges quels qu'ils soient, être investis de la plénitude de leurs attributions naturelles. Et, cependant, dès le lendemain de cette déclaration d'un principe qui était présenté comme la sauvegarde de la propriété et de la liberté des citoyens, nous voyons les hommes de la Révolution reculer devant les conséquences logiques auxquelles il devait aboutir.

Sous prétexte d'empêcher les empiètements du Parlement sur l'exécutif, la loi des 16-24 août 1790, dans son article 13, déclare que les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Ses auteurs partent de cette conception que l'idée de séparation des pouvoirs, bien qu'exigeant la remise en des mains différentes des fonctions législatives, exécutives et judiciaires, n'implique pas entre ces organes une division telle qu'ils soient complètement étrangers les uns aux autres.

Il est vrai que les décrets des 24 mai 1790 et 1^{er} dé-

sempre 1790 avaient, par voie de réciprocité, interdit aux administrateurs de juger, mais cela n'assurait pas aux tribunaux judiciaires la plénitude de leurs attributions naturelles. Il était à craindre qu'une fois entré dans cette voie le législateur ne portât des atteintes de plus en plus graves à l'indépendance du pouvoir judiciaire, et n'arrivât à consacrer la confusion des pouvoirs judiciaire et exécutif au profit de ce dernier (1). C'est précisément ce qui se produisit lorsqu'il fut question d'organiser en France la justice administrative. Au lieu de laisser aux tribunaux ordinaires la connaissance de tous les litiges administratifs, des lois successives détachèrent de l'ensemble du contentieux un certain nombre d'affaires dont elle abandonna le jugement à l'administration active elle-même.

Il n'en résultait nullement, semble-t-il, que les tribunaux judiciaires fussent devenus incompetents vis-à-vis des matières administratives en général, mais la jurisprudence, renchérissant sur la loi, vint décider l'incompétence absolue des tribunaux judiciaires en matière administrative, solution qu'il ne faut pas hésiter à considérer comme dangereuse, même de nos jours, pour la liberté des citoyens, bien qu'elle soit approuvée par la plupart des auteurs de Droit administratif.

Le principe de la séparation des pouvoirs ayant été

(1) JACQUELIN. — *Principes dominants du Contentieux administratif*.

méconnu par le législateur, on pouvait espérer que le principe de la séparation des fonctions serait venu obvier aux inconvénients résultant de cette situation. Du moment que le contentieux administratif était enlevé tout entier aux tribunaux judiciaires, il y aurait eu avantage à décider que les fonctions administratives juridictionnelles seraient séparées des fonctions administratives actives et ne seraient pas exercées par les mêmes hommes (1). La séparation des fonctions impliquant une spécialisation plus grande de connaissances, il en serait résulté une meilleure justice, une garantie plus complète des droits individuels, et cette solution, bien qu'inférieure à la précédente, n'en aurait pas moins été supérieure à celle résultant de la confusion des pouvoirs et des fonctions telle qu'elle existait dans l'ancien régime.

Cette séparation des fonctions fut bien consacrée par le législateur de l'an VIII, tout au moins pour la juridiction administrative inférieure. Rompant avec le système de la Constitution de 1791 qui confiait à des directoires de district et de département cette juridiction, et repoussant également la solution de la Constitution de l'an III qui laissait aux municipalités de canton et aux administrations centrales de département le soin de trancher les litiges les moins importants, la Constitution de l'an VIII réorganisa la juridiction administrative sur des bases nouvelles. Ce ne fut plus l'administration active qui fut investie dans

(1) M. JACQUELIN. — *Cours de doctorat*, 1910, II.

les départements du contentieux administratif, mais des tribunaux spéciaux auxquels on donna le nom de Conseils de Préfecture. Seulement, guidé par des considérations politiques, le législateur de l'an VIII maintint la confusion des fonctions dans la juridiction administrative supérieure, le Conseil d'Etat, en ne faisant aucune différence entre les délibérations du Conseil en matière administrative et en matière contentieuse. Ce ne fut qu'en 1806 qu'on put noter une certaine division des attributions du Conseil d'Etat, par la création d'une Commission du contentieux chargée non de juger, mais de préparer les rapports présentés à l'assemblée générale (1).

La réforme n'était donc pas complète, et de l'ancienne confusion des pouvoirs de la monarchie, de la fausse conception de la séparation des pouvoirs sous la Révolution, il devait résulter un régime nouveau se traduisant par la confusion de la fonction juridictionnelle avec la fonction active. Avec le progrès, au cours du dix-neuvième siècle, des idées de liberté et d'équité, cette confusion ira, sans doute, en diminuant ; mais il s'en est conservé des traces nombreuses, et il est malheureusement impossible d'affirmer qu'elles ont toutes disparu. Une des manifestations les plus intéressantes de la confusion de la fonction juridictionnelle avec la fonction administrative, a été la justice retenue. Cette justice retenue subsiste

(1) BERTHÉLÉMY. — *Traité élémentaire de Droit administratif*, 1906, p. 898.

lout au moins pour la justice administrative supérieure jusqu'à la loi du 24 mai 1872, qui lui a substitué le principe de la justice déléguée. Nous avons cherché à démontrer qu'il en existait encore des vestiges très vivaces, et ce n'est pas le lieu de revenir sur les cas que nous avons indiqués. Nous nous bornerons à noter que, parmi les auteurs de Droit administratif, il en est beaucoup, et non des moindres, qui partagent cette façon de voir, et nous ne croyons pouvoir mieux faire que de citer à cette occasion l'opinion de M. Hauriou.

Pour M. Hauriou, il existe, malgré tout, une justice administrative retenue. « Au lendemain de la loi du 24 mai 1872, on a été, dit-il, très porté à croire que toute la justice était déléguée, qu'il ne subsistait plus du tout de justice retenue. Cependant, on se trouvait en présence d'un certain nombre de recours qui aboutissaient à des décrets en Conseil d'Etat, et qui ressemblaient, par conséquent, beaucoup aux recours contentieux d'avant 1872 ; on se borna à les appeler *recours administratifs* ou recours en *annulation administrative*, et on affirma que c'étaient des recours administratifs, non point des recours contentieux.

« Mais quelques-uns de ces recours ont des formes consacrées qui se rapprochent des formes contentieuses, en ce qu'elles organisent un débat contradictoire avec cette différence qu'en général il est statué par l'assemblée générale du Conseil d'Etat qui n'est point une formation contentieuse. Ce serait, croyons-nous, bien comprendre la marche de l'évolution histo-

rique, en ces matières, que de considérer la plupart de ces recours comme étant des recours quasi-contentieux pour lesquels la justice est retenue. La conséquence serait que les décisions sur ces recours seraient définitives et ne pourraient en aucun cas être attaquées elles-mêmes par un recours contentieux (1). »

Et, en note sous ce passage, M. Hauriou cite comme recours quasi-contentieux tendant vers le recours contentieux : 1° Les recours relatifs au privilège de la Banque de France ; 2° Les recours des préfets tendant à l'annulation des délibérations des Conseils généraux, en vertu des articles 33 et 47 de la loi du 10 août 1871 ; 3° Les recours formés en vertu de l'article 13 de la loi du 21 juin 1865, contre les arrêtés des préfets qui créeraient des associations syndicales autorisées en dehors des cas prévus par la loi ; 4° Les recours formés contre les décisions du Conseil de Préfecture en matière d'autorisation de plaider.

En dehors des cas bien évidents que nous avons cités, où la survivance de la justice retenue ne saurait être discutée, il en est d'autres où cette justice retenue existe à l'état latent, sans qu'on puisse cependant mettre en doute son existence. Parmi eux, il importe de citer en première ligne, en les dégagant des autres, le recours pour excès de pouvoir, et le contentieux de l'interprétation.

Ce serait sortir des limites de cette conclusion que d'insister sur les caractères et les origines du recours

(1) HAURIOU. — *Précis de Droit administratif*.

pour excès de pouvoir. Nous nous bornerons à faire, à l'appui de notre assertion, une simple constatation : à savoir que c'est dans la confusion des pouvoirs que doivent être cherchées les origines du recours pour excès de pouvoir, et que, par cette confusion que s'expliquent ses caractères.

Sans avoir besoin de remonter jusqu'à l'ancien régime, il nous suffira de rappeler que, lorsque la Constitution de l'an VIII réorganisa le Conseil d'Etat et l'investit de fonctions juridictionnelles, en même temps que de fonctions délibérantes, elle le composa non pas de juges de profession, mais de fonctionnaires dont la plupart avaient été mêlés à l'administration active. Il en résulta que ce tribunal fut imbu d'esprit administratif, et cet esprit, nous reviendrons plus tard sur ce point, il l'a conservé jusqu'à nos jours, parce que son mode de recrutement est resté le même, tout au moins partiellement. Il n'est pas surprenant, dès lors, que le Conseil d'Etat se soit arrogé le droit d'annuler les actes de l'Administration, ses membres ayant estimé qu'ils avaient la mission d'exercer une sorte de contrôle hiérarchique sur l'ensemble de l'Administration, de réprimer les abus des fonctionnaires, et, de leur côté, les citoyens ayant considéré le recours pour excès de pouvoir comme une sorte de droit de pétition ou comme une soupape de sûreté toujours ouverte (1) ! La preuve qu'il en est bien ainsi est que ce fut surtout sous le second Empire, après le

(1) JACQUELIN. — *Cours de Doctorat*.

décret du 2 novembre 1864, qui facilita l'application de l'excès de pouvoirs, mais à une époque de justice retenue, que ce recours prit un développement considérable.

D'ailleurs, le recours pour excès de pouvoirs a un caractère incontestable de recours gracieux, même depuis la grande loi de 1872, qui dispose que le Conseil d'Etat statue souverainement sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités. Nous sommes en présence d'un recours gracieux qui aurait dû normalement relever de l'Administration active et qui n'a été dévolu au Conseil d'Etat que par suite du progrès des idées de liberté et de justice. N'est-ce pas dire qu'il s'agit d'un cas de justice retenue ?

dû normalement relever de l'Administration active et qui n'a été dévolu au Conseil d'Etat que par suite du progrès des idées de liberté et de justice. N'est-ce pas dire que nous sommes en face d'un cas de justice retenue ?

Le second cas est celui du contentieux de l'interprétation.

Il est possible qu'il y ait lieu, dans une procédure pendante devant un tribunal judiciaire, à interpréter une décision administrative dont le sens est douteux ou dont la légalité est contestée. Dans ce cas, le tribunal judiciaire est tenu de surseoir jusqu'à ce que le sens de cet acte ou sa légalité aient été fixés par l'autorité administrative compétente.

Conformément à la règle : « *ejus est interpretari cujus est condere* », c'est à l'auteur de l'acte qu'il appartient d'en donner l'interprétation, sauf possibilité pour l'intéressé de former après le recours gracieux en interprétation un recours hiérarchique lequel peut lui-même faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat. Or, en cette matière, le Conseil d'Etat s'est montré singulièrement large dans ce sens qu'il permet que le recours soit porté devant lui directement, *omisso medio*, contre la décision de l'autorité inférieure qui a, la première, donné l'interprétation.

Pour M. Jacquelin, il n'est pas possible d'expliquer cette jurisprudence autrement que par cette idée que le Conseil d'Etat, même lorsqu'il statue au contentieux, continue à se considérer comme le chef suprême de toute l'Administration (1). On peut même prévoir qu'un jour il en arrivera à regarder comme inutile que le particulier intéressé s'adresse à l'auteur de l'acte pour lui en demander l'interprétation, et permettra qu'il porte directement le recours devant lui.

Comme dans l'hypothèse précédente, c'est ici encore par la survivance de l'idée de justice retenue que s'explique cette jurisprudence qui présente, d'ailleurs, il faut le reconnaître, certains avantages pour l'individu.

Il existe donc un certain nombre de cas où nous trouvons de la justice retenue ; mais il faut aller plus loin, ce sera là notre conclusion, et ne pas hésiter à

(1) JACQUELIN. — *Cours de doctorat*, 1910, II.

proclamer que même à l'heure actuelle notre contentieux administratif est imprégné tout entier de justice retenue.

N'est-ce pas aussi de la justice retenue que cette pénétration persistante de l'esprit administratif au sein de la juridiction administrative ? Jetons, pour nous en assurer, un coup d'œil sur l'organisation du Conseil d'Etat et des Conseils de Préfecture.

Dans le Conseil d'Etat, sans doute les Conseillers d'Etat en service extraordinaire ne peuvent plus faire partie des sections du Contentieux ou de l'assemblée du Conseil d'Etat statuant au contentieux, mais en revanche, trop souvent, les membres de la juridiction administrative sont recrutés dans l'Administration active. Des préfets prennent leur retraite comme conseillers d'Etat, des maîtres de requêtes deviennent préfets, des secrétaires généraux de préfecture aspirent aux fonctions de maîtres de requêtes, et des auditeurs au Conseil d'Etat acceptent des places de sous-préfets. De ce chassé-croisé perpétuel, il résulte la formation, au sein de notre tribunal administratif supérieur, d'un esprit qui n'est pas toujours juridictionnel. Mais il y a plus. Souvent ces administrateurs improvisés juges, qui peuvent avoir été d'excellents préfets ou sous-préfets, n'ont pas les connaissances juridiques indispensables pour trancher les conflits qui leur sont soumis. Ajoutons que, dans l'assemblée du Conseil d'Etat au contentieux figurent des Conseillers en service ordinaire délégués par les sections

administratives, ce qui enlève à cette juridiction les avantages de la spécialisation. Notons enfin que bien qu'en fait les Conseillers d'Etat échappent aux révocations arbitraires, ils ne jouissent pas, comme les magistrats judiciaires, du bénéfice de l'inamovibilité.

Aux Conseils de Préfecture, on peut adresser les mêmes reproches. Comme le Conseil d'Etat, ils sont, par leur recrutement, par l'esprit qui les anime, sujets aux mêmes critiques. Le préfet les préside et si, en principe, il s'abstient d'user de ce droit, il n'en est pas moins vrai qu'il exerce sur les membres de ces tribunaux qui sont en même temps ses subordonnés une influence trop réelle. Aussi tous les auteurs sont-ils d'accord pour reconnaître que ces juridictions administratives inférieures manquent d'indépendance, parce que les fonctionnaires qui les composent, essentiellement révocables, ne disposent d'aucunes garanties sérieuses ; tous sont unanimes à réclamer une réforme sérieuse de l'institution dans un sens plus respectueux des droits de l'individu.

Nous sommes très probablement à la veille de modifications importantes dans la composition et l'organisation des Conseils de Préfecture, et il n'est que juste d'observer qu'en ce qui concerne le Conseil d'Etat la loi de Finances du 8 avril 1910, en augmentant la proportion des places de maîtres de requêtes réservées aux auditeurs de première classe, dénote de la part du législateur le désir d'assurer, au sein de notre tribunal administratif, une séparation plus complète

de l'esprit administratif et de l'esprit juridictionnel. Mais il y a encore beaucoup à faire dans cette voie, et tant que le tribunal des conflits sera présidé par le Ministre de la Justice et les Conseils de Préfecture par les préfets, tant que les juges administratifs ne jouiront pas comme les magistrats de l'ordre judiciaire et les membres de la Cour des Comptes du bénéfice de l'inamovibilité, tant que l'Administration active servira de pépinière à la juridiction administrative, tant, enfin, qu'on n'aura pas fait disparaître les vestiges de justice retenue que nous avons signalés au cours de notre étude, il ne paraît pas possible de soutenir qu'il n'y a plus en France que de la justice déléguée. Une telle affirmation serait contraire à la réalité même des faits.

Cela est tellement vrai que, même parmi les auteurs qui considèrent que la juridiction administrative est une bonne chose et répond à une véritable nécessité, ce qui est un point de vue très contestable, beaucoup s'inclinent devant cette persistance de la justice retenue comme devant un fait indéniable. Voici ce que dit à ce sujet M. Appleton, le savant professeur de la Faculté de Droit de Lyon : « Nous sommes si habitués aujourd'hui à l'idée de justice déléguée, que nous pouvons difficilement plier notre esprit à la conception d'une justice retenue dont les vestiges subsisteraient encore aujourd'hui. Il faut pourtant se

rendre à la réalité : historiquement, toute justice administrative a commencé par être retenue ; ce n'est que peu à peu, par une lente évolution, qu'elle est devenue déléguée, et le passé, presque entièrement aboli, laisse encore quelques traces de son existence dans notre législation actuelle (1). »

FIN

Lu et approuvé : *Le Président*,
RENÉ JACQUELIN.

Vu : *Le Doyen*,
CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

(1) JEAN APPLETON. — *La séparation de l'Administration active et de la juridiction administrative*, p. 24.

TABLE DES MATIÈRES

LES VESTIGES DE LA JUSTICE RETENUE

INTRODUCTION	5
--------------------	---

CHAPITRE I

Les Vestiges de la Justice retenue actuellement disparue	21
---	----

Section I. — Théorie du Ministre-Juge. Pouvait- on la considérer comme un vestige de la justice retenue.....	22
--	----

Section II. — L'appel comme d'abus.....	31
---	----

CHAPITRE II

Les Vestiges de la Justice retenue dans les conflits d'attribution	40
---	----

CHAPITRE III

Les Vestiges de la Justice retenue dans le recours en validité des prises maritimes.....	50
---	----

CHAPITRE IV

Les Vestiges de la Justice retenue dans l'article 40 du décret du 22 Juillet 1806.....	68
---	----

CHAPITRE V

Les Vestiges de la Justice retenue d'après l'étude de certains recours administratifs.....	79
---	----

Section I. — Recours tendant à l'annulation d'une décision du Conseil général.....	80
---	----

Section II. — Recours formé en vertu de l'article 13 de la loi du 13 Juin 1865 contre l'arrêté du Préfet créant des associations syndicales auto- risées en dehors des cas prévus par la loi.....	88
Section III. — Les Vestiges de la Justice retenue dans les recours formés contre les décisions des Conseils de préfecture en matière d'autorisation de plaider	92
CONCLUSION	97
BIBLIOGRAPHIE	113



BIBLIOGRAPHIE

ARTUR. — *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions.*

BARTHELEMY. — *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés.* — Thèse, Toulouse, 1899.

BARTHELEMY. — *Traité élémentaire de droit administratif. Du recours pour abus envisagé comme survivance de justice retenue.* Thèse Doctorat. Lyon, 1903.

DESPAGNET. — *Droit international public.*

DUCROCQ. — *Cours de droit administratif.*

HAURIOU. — *Précis de droit administratif.*

JACQUELIN. — *Les principes dominants du contentieux administratif.*

JACQUELIN. — *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel.* Thèse. Paris, 1891.

JACQUELIN. — *Cour de Doctorat, 1910-11.*

JÈZE. — *Les principes généraux du droit administratif* (Revue d'administration, 1903, t. II et III, 1904, t. I).

JÈZE. — *La présidence du Tribunal des Conflits.* Rev. de droit public, 1908.

LAFERRIÈRE. — *Traité de juridiction administrative.*

MARIE. — *Le droit positif et la juridiction administrative.*

PILLET. — *Les lois de la Guerre.*

TOURNYAL DU CLOS. — *Essai sur le recours pour excès de pouvoir.* Thèse Doctorat. Paris, 1905.

